J. rom. m.
268. f

I. rom. m.
268 f

Jacobi

Miethe und Pacht.

Ihre Stellung

in der

Kulturgeschichte, im Privatrecht und im Systeme des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

von

Dr. Leonard Jacobi,

Docent der Rechte und Rechtsanwalt zu Berlin.

Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1889.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Verlags-Archiv 1495

Inhaltsangabe.

		Seite
§. I.	Einleitende Bemerkungen	1—7
§. II.	Miethe und Pacht an sich und in den modernen Partikularrechten	8—20
§. III.	Die locatio conductio im römischen Rechte	21—34
§. IV.	Miethe und Pacht im deutschen und gemeinen Rechte	34—50
§. V.	System des Entwurfs	51—59
§. VI.	Schlußkritik und Vorschläge	60—81

Nachricht.

Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die nachträglich erschienene Abhandlung von **Boyens**: Miethe und Pacht, in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 9 S. 693 ff. Als Resultat seiner Erörterung verzeichnet er S. 708: daß Miethe und Pacht in der Regel nur persönliche und obligatorische Rechtsverhältnisse sind, die aber — außer dem Falle der Subhastation schuldenhalber — von einem Besitzwechsel des Grundstücks nicht berührt werden, vielmehr auf den Besitznachfolger übergehen. Sie können jedoch durch eine auf Bewilligung des Eigenthümers erfolgende Eintragung dingliche Wirkung (mit gewissen Modalitäten) gewinnen. — Schriftform soll auch für nicht eingetragene Mieths- und Pachtverträge erforderlich sein — ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinses —, falls der Vertrag auf länger als ein Jahr Geltung haben soll.

Bernhoeft: Kauf, Miethe und verwandte Verträge, in Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 12 handelt — in §. 7 (locatio conductio) — im Wesentlichen nur von locatio operis und operarum.

Berlin, im April 1889.

Leonard Jacobi.

Miethe und Pacht.

Ihre Stellung in der Kulturgeschichte, im Privatrecht und im System des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

---

§. I. Einleitende Bemerkungen.

Die allerdings höchst mühevollen, dem großartigen Werke des Entwurfes zu Grunde liegenden Vorarbeiten erscheinen unserer raschlebigen Zeit bereits als zu langwierig. Die Kritik darf sich indessen durch diesen Eindruck nicht irre machen lassen, zumal doch die so zeitraubende, kolossale Ansammlung des Gesetzgebungsmaterials immerhin den Einführungs- und Uebergangsbestimmungen vorgearbeitet hat, wenn sie auch dem Inhalte des Entwurfes selbst vielleicht weniger zu Gute gekommen ist.

Man wird gut thun, eine rückhaltlose Prüfung als durch die Nothwendigkeit geboten anzuerkennen und in Schutz zu nehmen, gegenüber manchen tadelnden Aeußerungen solcher, welche nur wieder schnell etwas zu Stande bringen möchten. „Gilt es doch — wie die Vorkommission in ihrem Gutachten vom 15. April 1874 treffend sagte — keineswegs, nur ein vorläufiges Nothdach aufzurichten, sondern vielmehr das bürgerliche Gesetzbuch herzustellen in derjenigen Vollkommenheit, welche der in der deutschen Nation vorhandenen rechtsschöpferischen Kraft entspricht." Man bedenke, „daß Inhalt und Form dieses Gesetzbuchs auf viele Menschenalter hinaus das Niveau der Deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsübung bestimmen werden". [1])

---

[1]) S. Rassow-Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 21 S. 176 f.

Daher ist es Pflicht, Verwahrung einzulegen, und mit allen Kräften Abhülfe anzustreben in denjenigen Materien, in welchen der Entwurf den Bedürfnissen und dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart und namentlich des deutschen Volkes nicht entspricht.

Als solche Materien sind bereits früher, — bei voller Anerkennung der Verdienste der Kommission — andeutungsweise bezeichnet worden:

1. die Nichtbestimmung der Rechtsfähigkeit der korporativen Privatvereine, §. 42;
2. das Ehescheidungsrecht, §§. 1400 ff.;
3. das Mieths- und Pachtrecht, §§. 509—512, 532, 537, Abs. 3.[2])

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die letztgenannte Materie.

Als dabei maßgebende Momente sind dem schon erwähnten, vom Bundesrath genehmigten Gutachten der Vorkommission vom 15. April 1874 zu entnehmen:[3])

1. die Aufgabe, den Gesammtbestand der innerhalb des Deutschen Reichs geltenden Privatrechtsnormen mit Rücksicht auf deren Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und folgerichtige Durchführung zu untersuchen;
2. die Tendenz, auf eine Versöhnung der zwischen dem gemeinen, dem preußischen und dem französischen Rechte vorhandenen Gegensätze Bedacht zu nehmen; und
3. die Methode, neben den leitenden Prinzipien auch die wichtigsten Folgesätze und die Ausnahmen zu regeln.

Demgemäß wird sich aus der folgenden Untersuchung direkt oder indirekt die Beantwortung der folgenden Fragen ergeben müssen:

1. Welche der innerhalb des Deutschen Reichs geltenden Privatrechtsnormen verdient in der hier vorliegenden Materie vor den anderen den Vorzug wegen ihrer Zweckmäßigkeit, inneren Wahrheit und Folgerichtigkeit?
2. In welcher Richtung also hat die angestrebte Versöhnung der vorhandenen Gegensätze zu erfolgen?

---

[2]) S. L. Jacobi, Entstehung und Inhalt des Entwurfs rc. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin 1888, Anm. 18, 21 und 25.

[3]) S. den Separatabdruck Nr. 5 aus dem Reichs-Anzeiger 1877 rc. S. 5, 6, 7 vergl. mit Rassow-Küntzel, Beiträge Bd. 21 S. 176 ff.

3. Ist die hiernach zu treffende Entscheidung vom Standpunkte der Methode als Prinzip, als Folgesatz oder als Ausnahme anzusehen?[4])

Behufs sachgemäßer Beantwortung dieser Fragen soll folgender Weg eingeschlagen werden.

I. Es wird in §. II ausgegangen von den sich aus der Natur des Mieths- und Pachtrechts ergebenden Anforderungen an den zu gewährenden Rechtsschutz. — Die Vergleichung dieser Anforderungen mit den zur Zeit in Deutschland geltenden Rechtsnormen ergiebt, inwiefern dieselben dem vorhandenen Bedürfniß genügen, d. h. den nach der Natur des Rechtsverhältnisses zu beanspruchenden Rechtsschutz gewähren oder nicht.

II. Da sich nun der Entwurf bekanntlich an die — nach Behauptung Vieler den Anforderungen gerade an allerwenigsten genügenden — Normen des römischen und gemeinen Rechts angeschlossen hat, so ist in §§. III und IV auf die Entwickelung dieser Rechtsnormen im Zusammenhange mit den sie bedingenden sozialen Verhältnissen näher einzugehen.

III. Hieran schließt sich in §. V eine Skizze des Systems und der Begründung des Entwurfs, soweit sie für den vorliegenden Zweck von Interesse sind.

IV. Es folgen schließlich in §. VI die Kritik sowohl des Entwurfs selbst, als der zu demselben bisher gemachten Verbesserungsvorschläge; endlich Schlußbetrachtungen, aus welchen sich die Beantwortung der im Eingange aufgestellten Fragen von selbst ergiebt.

---

[4]) Ausnahme nicht im Sinne eines auf Willkür oder Billigkeit beruhenden jus singulare — Durchbrechung der Grundsätze, — sondern als nothwendige Korrektur einer — irrthümlich oder absichtlich — übertriebenen Generalisirung (Aufstellung eines Prinzips, welches nicht für alle darunter begriffenen Fälle zutrifft). S. Schloßmann, Der Vertrag S. 103.

[5]) Es sei gleich hier bemerkt, daß die vor Vollendung der Arbeit erschienenen Besprechungen desselben Gegenstandes in vielen Stücken zur Bekräftigung der bereits gewonnenen Resultate herangezogen werden konnten. In manchen Stücken konnte der Kürze wegen geradezu auf sie verwiesen werden. Hierher gehören namentlich die in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 2 abgedruckten Gutachten des Herrn Reichsgerichtsrath a. D. Dr. von Meibom in Kassel, S. 1 bis 34, der Professoren Eck-Berlin, S. 227 bis 248, und Fischer-Greifswald, S. 302 bis 449 und die Berathungsprotokolle a. a. O. Bd. 3 S. 35 bis 75, 300 bis 305. Ferner Gierke, Der Entwurf des B.G.B. 2c. in Schmollers Jahrbüchern 12. Heft 3 S. 113 bis 117, 13. Heft 1 S. 229 bis 234.

Es giebt indessen eine Frage, welche von so durchgreifender Wichtigkeit ist für jede Untersuchung de lege ferenda, daß sie gleich hier erledigt werden muß. Es betrifft dieselbe die Stellung des Gesetzgebers einerseits zu dem Selbstbestimmungsrechte des Einzelnen auf dem Gebiete des Vermögensrechts, andererseits zu dem gegenwärtigen Stande der Rechtswissenschaft.

Dem Rechte des Einzelnen, seine Lebensverhältnisse rechtsgeschäftlich zu ordnen, entspricht der Aufgabe des Gesetzgebers, den dieser Ordnung entsprechenden an Stelle der Selbsthilfe tretenden Rechtsschutz zu gewähren.[6])

Die Möglichkeit einer festen Rechtsordnung beruht gerade darauf, daß sich das gesellschaftliche Leben und die Selbstbestimmung des Einzelnen bewegt und abwickelt in bestimmten, typischen Arten von Geschäften, welche nicht willkürlich sind, sondern gegeben durch bestimmte wirthschaftliche Bedürfnisse[7]) und die durch den Gang der Kulturentwickelung herbeigeführte, in der Weiterentwickelung begriffene Gestaltung der Lebensverhältnisse.

Die Rechtsordnung soll — innerhalb der durch das Gemeinwohl gezogenen Grenzen — so beschaffen sein, daß sie die Selbstbestimmung des Einzelnen sowohl, als die Gesammtentwickelung beschützt und fördert, ihr auch freien Spielraum für die Zukunft, d. h. für die Weiterentwickelung gewährt; was um so nothwendiger erscheint, als unsere Kenntniß der Naturgesetze dieser Entwickelung noch so sehr lückenhaft und unvollkommen ist.

Der Gesetzgeber würde seine Aufgabe verkennen, wollte er es unternehmen, auf Grund irgend welcher außerhalb des Rechtsschutzbedürfnisses liegender Maximen oder Zweckmäßig-

---

[6]) Das Verhältniß der Rechtsordnung zu dem von ihr anerkannten privatautonomen Willen ist dieses: Gewollt wird ein ökonomischer Erfolg, Befriedigung eines erfahrungsmäßigen wirthschaftlichen Bedürfnisses und Begründung von Rechtsverhältnissen zu diesem Zwecke. Die zur Verwirklichung geeigneten Mittel, Gebote, Verbote, Gewährung von Klagerechten, Strafandrohungen ꝛc. darzubieten, ist dagegen Sache der Rechtsordnung. Diese der Rechtsordnung überlassenen Mittel sind eben deshalb in dem Zwecke indirekt mitgewollt. S. Windscheid, Pd. (6. Aufl.) Bd. 1 §. 69, Anm. 1a, §. 37, Anm. 3; auch Pernice in Goldschmids Zeitschrift 25 S. 77 ff., Kohler in Iherings Jahrbüchern 16 S. 331 und die Motive des Entwurfs I. S. 126.

[7]) S. Dernburg Pd. Bd. 1 §. 91.

keitsgründe — z. B. behufs Vereinfachung des kodifizirten Rechtssystems — in das Selbstbestimmungsrecht willkürlich einzugreifen, indem er ihm bestimmte theoretisch konstruirte Wege vorschreibt, ihm bestimmte Gebiete durch Nichtanerkennung verschließt, und so die natürliche Entwickelung durchkreuzt oder wenigstens hemmt und verschiebt. — Ferner ist es eine wesentliche Aufgabe des Rechtes, in die gesellschaftlichen Machtverhältnisse Schranken setzend einzugreifen.[8]) Besonders unheilvoll wirkt andererseits die Aufstellung solcher Normen, welche geeignet sind, eine vorhandene, ohnehin gefahrdrohende soziale Ungleichheit noch mehr zu verschärfen und dadurch statt der wünschenswerthen Ausgleichung den Krankheitszustand zu verschlimmern und eine Krisis heraufzubeschwören.[9])

Die Anwendung einer unpassenden Rechtsordnung kann historisch sehr verschiedene Veranlassungen haben. Sie kann beruhen auf politischen Ereignissen, auf einem Nothstand der Rechtspflege, aber auch auf irrthümlichen Theorien oder auf Verkennung der wirklichen Zustände und Bedürfnisse.[10])

---

[8]) Kloeppel, Staat und Gesellschaft 1887 S. 281.

[9]) S. Kloeppel a. a. O. S. 288 und desselben Beiträge zur Erläuterung und Würdigung des Entwurfs in Rassow-Küntzel, Beiträge Bd. 32 S. 653: „Die Rechtsbildung kann ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn sie die natürlichen Unterschiede aufnimmt, wie sie sind, aber dem nicht verkannten Uebergewicht der Macht den entsprechenden Schutz des Schwächeren entgegenstellt."

Oft kommt innerhalb des Gebietes der Privatautonomie die ökonomische Ueberlegenheit des einen Kontrahenten über den anderen dadurch zur Geltung, daß dem Schwächeren nachtheilige Vertragsbestimmungen — leges contractus — aufgedrängt werden durch ausschließlichen Gebrauch von ad hoc abgefaßten Geschäftsformularen: Transport- und Assekuranzbedingungen, Mieths-, Pacht-, Möbelleihverträgen und dergl. — In solchen Fällen pflegt der Vergewaltigung der schwächeren Partei im Interesse ausgleichender Gerechtigkeit entgegengetreten zu werden, seitens der Gesetzgebung, indem sie gewissen Stipulationen die rechtliche Gültigkeit versagt, seitens der Gerichtspraxis, indem sie dem benachtheiligten Kontrahenten bei der Auslegung drückender Bestimmungen und bei Vertheilung der Beweislast zu Hilfe kommt.

[10]) Dernburg, Pd. Bd. 1 §. 23 S. 51 bemerkt, daß thatsächlich die Volksüberzeugung nicht die einzige Triebfeder der Rechtsbildung ist, daß vielmehr auch subjektive Ansichten der Gesetzgeber zur Herrschaft gelangen, ja, daß unterworfene Nationen, wie die Geschichte zeigt, Jahrhunderte lang unter einem ihrer Volksüberzeugung widersprechenden Rechte leben. — In solchen Fällen wird aber durch Druck und Gegendruck ein künstlicher Mittelzustand sich herausbilden, welcher weder

Der Erfolg ist stets derselbe, daß nämlich im fortwährenden Kampfe des Entwickelungstriebes und der unterdrückten Nationalität mit der aufgedrängten Ordnung einerseits diese erschüttert, andererseits bald mehr bald weniger das Rechtsbewußtsein verwirrt, die sittliche und wirthschaftliche Entwickelung auf Nebenwege gelenkt, Rechts- und Besitzverhältnisse entwerthet und verkümmert werden. Gelingt es uns, an dem gegenwärtigen Wendepunkte unserer Rechtsgeschichte angekommen, in vorurtheilsfreiem Rückblick auf die Vergangenheit den wahren Zusammenhang zu erkennen, so dürfen wir uns weder denen anschließen, welche die Sache theoretisch ganz in der Ordnung finden, noch denen, welche achselzuckend sich dabei beruhigen, daß sich „jetzt jedenfalls die Leute daran gewöhnt haben".[11])

Was sodann den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft betrifft, so ergiebt sich für den Gesetzgeber eine erhebliche Schwierigkeit daraus, daß die zur Auswahl stehenden Privatrechtsnormen, wie oben erwähnt, geprüft werden sollen auf ihre innere Wahrheit, während einerseits die naturrechtliche Kritik und die sogen. Natur der Sache in Mißkredit gerathen, andererseits Aufgaben und Ziele der historischen Schule noch in der Entwickelung begriffen sind.

An den nächsten rein geschichtlichen Zweck dieser Schule, zu erforschen und darzulegen, wie es wirklich gewesen ist, soll sich als Frucht die Erkenntniß anschließen, in welchem Umfange Begriffe Grundsätze und Institutionen des rein römischen Rechts — resp. irgend eines anderen, der historischen Betrachtung zu unterwerfenden Rechts — aus der Natur der Sache fließen, inwieweit sie dagegen auf historischen Zufälligkeiten oder nationalen Eigenthümlichkeiten beruhen, mithin auf Beibehaltung unter veränderten Verhältnissen resp. Uebertragung auf das Recht einer anderen Nation keinen Anspruch erheben können. Ist man in dieser Erkenntniß weit genug fortgeschritten, so tritt alsdann von selbst die naturwissenschaftliche Richtung des Rechtsstudiums in den Vordergrund, d. h. die Erforschung der Naturgesetze, denen die Rechtsentwickelung — im Zusammenhange mit der sonstigen Kulturent-

---

dem Rechtsbewußtsein der Nation, noch der angeblich herrschenden oder rezipirten Rechtsordnung ganz entspricht.

[11]) S. Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages Bd. 3 S. 58. S. auch unten §. VI Anm. 10.

wickelung — überhaupt unterliegt. In letzterer Beziehung sind zur Zeit nur noch schwache und vereinzelte Anläufe zu verzeichnen.

Offenbar kann die fortschreitende Lösung dieser Aufgaben der Thätigkeit des Gesetzgebers nur förderlich sein, falls er die erlangten Resultate richtig versteht. Namentlich ist die Erforschung des rein römischen Rechts ein unentbehrliches Mittel, um sich klar zu machen, in wie weitem Umfange die uns hier entgegentretenden Grundbegriffe und Institutionen antinational d. h. zur Verwendung für die deutsche Rechtsentwickelung überhaupt nicht oder nur in wesentlich veränderter Gestalt brauchbar sind.

Dadurch ist aber keinesweges ausgeschlossen, daß die Resultate der romanistischen Geschichtsforschung vorübergehend irreführen und nachtheilig wirken können, zumal in Verbindung mit dem die unmittelbare praktische Anwendung rechtfertigenden Dogma von der Rezeption des römischen Rechts in complexu. Den Beweis hierfür liefern die von diesem Dogma beeinflußte gemeinrechtliche Praxis und die unter dem Einfluß der von Savignyschen Schule entstandenen romanistischen Kodifikationen.

Beide haben auf die Gestaltung des Entwurfs thatsächlich entscheidenden Einfluß geübt.

Mit anderen Worten, der dem Gesetzgeber der Gegenwart besonders naheliegende, aber sorgfältig zu vermeidende Abweg ist der, daß national-römische Rechtsbegriffe und Rechtssätze irrthümlich als nothwendiges Ergebniß aus der Natur der Sache und als allgemein gültig angesehen und deshalb als Bestandtheile der national-deutschen Rechtsentwickelung aufgenommen werden, ohne in Wirklichkeit dazu geeignet zu sein.

Demgemäß empfiehlt es sich, die von der Vorkommission aufgestellte, sehr allgemein lautende Direktive dahin zu ergänzen, daß bei der Auswahl zwischen widersprechenden Rechtssätzen verschiedener Territorialrechte den der Natur der Sache und der national-deutschen Rechtsentwickelung entsprechenden Sätzen der Vorzug zu geben ist; — oder negativ ausgedrückt:

> nichts aufzunehmen, was den mit der Natur der Sache konformen deutschen Rechtsbegriffen und unserer nationalen Rechtsentwickelung nicht entspricht.

§. II.

Miethe und Pacht an sich und in den modernen Partikularrechten.

Die Motive gehen Bd. III S. 27 selbst davon aus, daß „die Fähigkeit der Sache, Gegenstand von Rechten zu sein, die Regel bildet" und daß „diese Regel mit Nothwendigkeit folgt aus der Bestimmung der Sachenwelt, zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen".

Im Anschlusse hieran darf hervorgehoben werden, daß ein sehr wichtiger Theil dieser Sachenwelt, nämlich der Grund und Boden[1]) in seiner jetzigen Gestalt von theils ländlichen, theils städtischen, theils bebauten, theils unbebauten Grundstücken, — in Folge einer merkwürdigen Kulturentwickelung, auf welche wir in §. III zurückkommen werden, gegenwärtig in Deutschland den menschlichen Bedürfnissen in der Weise dient, daß eine kleine Minderheit die Grundstücke rechtlich als freies Eigenthum, wirthschaftlich theils als Kapitalanlage, theils als Kredit- und Zahlungsmittel besitzt.

Die Haltbarkeit dieses Zustandes aber beruht anscheinend darauf, daß dieselben Grundstücke, um den Zwecken der freien Eigenthümer bestens dienen zu können, gleichzeitig auch in möglichst zweckmäßiger Weise anderen Zwecken dienstbar sein können und müssen; nämlich den unendlich vielgestaltigen, aber auch höchst wichtigen und dringenden Bedürfnissen der großen Masse der Nichteigenthümer, welche trotz unendlicher Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit ihrer Lebensstellung und Lebenshaltung, vom Tagelöhner bis zum höchsten Staatsbeamten, vom Bettler bis zum Millionär sämmtlich die Immobiliardienste in Anspruch nehmen, und zwar je nach Umständen bald blos als

[1]) Wirthschaftlich und historisch hat man den Grund und Boden — im Gegensatz zu dem beweglichen Eigenthum — charakterisirt als „Gegenstand gesellschaftlicher Aneignung" und „von der Gesammtheit anvertrautes Gut", als „unentbehrliche Grundlage jedes Wirthschaftsbetriebes", welche durch dauernden und verbesserten Anbau einen stetig steigenden Bestandtheil wirthschaftlichen Werthes enthält. S. Kloeppel, Staat und Gesellschaft S. 302 f. Angesichts dieser wesentlichen Verschiedenheit ist die Ausbildung eines besonderen Immobiliarsachenrechts, wie sie in Deutschland von jeher stattgefunden und sich dem Römischen Recht zum Trotz im Wesentlichen erhalten hat, der Natur der Sache durchaus entsprechend.

Nachtquartier oder Schlafstelle, bald als räumlichen Mittelpunkt der Existenz und des Familienlebens, als Basis und Schauplatz aller möglichen geistigen, mechanischen und künstlerischen Thätigkeiten, als Heimath, als Wohnsitz, als Amtssitz, als Atelier, Komtoir, Werkstatt, Fabrik, Etablissement, Wirthschaft, kurz als Arbeitsfeld und Zentralpunkt aller individuellen und gesellschaftlichen, aller gemüthlichen, geistigen und materiellen Interessen.

Die Möglichkeit, sich diesen Wohnsitz, dieses Heim, dieses Arbeitsfeld nach Kräften, Bedürfnissen und Neigungen möglichst passend auswählen, den ruhigen, festen, gesetzlich anerkannten und geschützten Besitz derselben erlangen zu können, ist Vorbedingung und Grundlage einer gesunden und stabilen Gesellschaftsordnung in der Gegenwart.

Mit anderen Worten: dieses, die Lebensführung von Millionen von Familien umfassende Verhältniß der unmittelbaren Dienstbarkeit fremden Grundeigenthums für die angegebenen Zwecke muß in jeder Weise und ganz ungehemmt rechtlich anerkannt und geschützt sein. Daran hängt sowohl die Gesundheit der Rechtsentwickelung im Allgemeinen, als voraussichtlich auch die Möglichkeit, die Institution des Privateigenthums an Grund und Boden dauernd zu konserviren für die relativ kleine Zahl derjenigen, welche entweder jetzt sich in der Eigenthümerposition befinden oder in Zukunft durch besonderen Beruf oder durch Neigung getrieben werden, das Grundeigenthum nicht blos als Wohnsitz, Niederlassung oder Arbeitsmittel, das heißt als Miether oder Pächter zu benutzen, sondern es als Kapitalanlage oder Kreditbasis zu eigen zu erwerben.

Das Pacht- und das Miethsverhältniß charakterisiren sich hiernach ohne Weiteres als die untrennbare Verbindung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses mit Besitz- und Nutzungsgarantie und als befestigtes unmittelbares Dienstverhältniß der Sache zum besitzenden Nichteigenthümer. Dies ist ein Verhältniß, dessen rechtliche Anerkennung sich — unter Voraussetzung einer ungestörten, naturgemäßen Entwickelung — nicht füglich anders darstellen kann, als in der Rechtsform des mit Rechtsbesitz verknüpften, neben dem obligatorischen auch mit possessorischem Rechtsschutze ausgestatteten dinglichen Rechts an fremder Sache. — Damit soll keineswegs gesagt sein, daß der

Inhalt der Leistung für die Rechtsform als dingliches oder als persönliches Recht schlechthin entscheidend sei.[2]) Vielmehr werden im Laufe der Kulturentwickelung die verschiedensten Bedürfnisse: Besitz, Gebrauch, Nutzung,[3]) Dienste und andere periodische Leistungen, Kapital- oder Rentenforderungen,[4]) bald in der Rechtsform des bloßen Schuldverhältnisses, bald in derjenigen des dinglichen Rechts befriedigt. Für den Gesetzgeber ergiebt sich daraus die Aufgabe, die Richtung, welche die wirthschaftlichen und sozialen Bedürfnisse nehmen, zu erkennen, richtig zu würdigen und der Selbstbestimmung, soweit ein reales Bedürfniß darin zum Ausdruck kommt, rechtliche Anerkennung durch den entsprechenden Rechtsschutz zu gewähren. Allgemeinen, von der Kulturentwickelung getragenen Bedürfnissen kann der Gesetzgeber ohne die bedenklichsten, wenn auch vielleicht nicht sofort sichtbaren Folgen sein Veto — ein „Nicht so wollen dürfen", sondern „Anders wollen müssen" — nicht entgegensetzen.

Die Voraussetzungen dagegen, an welche mit Rücksicht auf Verkehrssicherheit und Realkredit die vollständige Wirkung des dinglichen Rechts gegen Dritte geknüpft werden muß,

---

[2]) Nach Stobbe, Handbuch des D. Pr. R. Bd. 1 S. 557 f. werden die Rechte „als dinglich oder persönlich bezeichnet mit Rücksicht auf ihren Inhalt, nicht auf ihre Verfolgbarkeit". Damit ist wohl nur gemeint, daß Dinglichkeit d. h. das unmittelbare Herrschaftsverhältniß zur Sache vorhanden, dennoch aber die Verfolgbarkeit gegen Dritte beschränkt sein kann. Davon wird unten in §. VI ausführlich die Rede sein.

[3]) Leihe, Miethe und Pacht sind dinglich oder persönlich, je nachdem das garantirte Gebrauchs- und Nutzungsrecht als Sachherrschaft des Berechtigten, oder als Personalleistung des Verpflichteten aufgefaßt und anerkannt wird. An sich sind bei Verleihung von Besitzrechten an fremder Sache beide Auffassungen möglich: entweder daß der Empfänger unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache erlangen soll, oder daß er solches nicht erlangen soll, vielmehr nur thatsächlichen Besitz (Inhabung) in Folge rechtlicher Gebundenheit des Willens des Andern. — Die Anerkennung der Dinglichkeit äußert sich darin, daß dem Berechtigten — in geringerem oder weiterem Umfange — petitorische und possessorische Rechtsmittel gegeben werden. S. unten §. VI Anm. 21 ff.

[4]) Der Rentenkauf vertrat im Mittelalter lange Zeit die Stelle des hypothekarischen Darlehns. Durch Auflassung, Eintragung, gerichtliche Bestätigung erhielt der Rentengläubiger „Gewere an seiner Rentenberechtigung". Schuldner der Rente ist der jedesmalige Eigenthümer des Hauses. Doch unterscheidet sich der Rentenkauf von den übrigen Reallasten dadurch, daß der Schuldner nicht mit seinem ganzen Vermögen haftet, sondern nur mit dem Hause und mit dem, was es in sich schließt. Stobbe, Handbuch Bd. 2 S. 275 f.

sind naturgemäß verschieden, je nachdem die erforderliche Offenkundigkeit durch den Gegenstand oder Inhalt des Rechtsverhältnisses von selbst gegeben ist oder erst künstlich, wie z. B. im älteren Deutschen Rechte durch gerichtliche Tradition (traditio juris) oder Investitur, im modernen Rechte vermittelst der heutigen Grundbucheinrichtung hergestellt werden soll. — Die Frage, in welchem Umfange die Anerkennung dinglicher Rechte, beziehlich deren Wirksamkeit gegen Dritte, an die Eintragung in ein Grundbuch geknüpft werden darf, beantwortet sich also dahin, daß dies nur bei Rechten zutrifft, welche einerseits wegen mangelnder Erkennbarkeit der Eintragung bedürfen, andererseits aber zur Eintragung in das Grundbuch, als ein möglichst übersichtlich zu führendes Realkreditbuch, auch geeignet sind. Dies ist bei massenhaften, rasch wechselnden, in ihrer Dauer von periodischer Zinszahlung abhängigen Gebrauchs- und Nutzungsrechten ersichtlich nicht der Fall.[5]) Dagegen wird es als sachgemäß erscheinen, dem auf Begründung des Mieths- und Pachtrechs gerichteten Vertrage an sich nur obligatorische Wirkung beizumessen, die Entstehung des dinglichen Rechts dagegen davon abhängig zu machen, daß ein dinglicher Vertrag hinzutritt, mit anderen Worten, daß das Dasein des Rechts durch Besitzeinräumung für Dritte erkennbar und offenkundig gemacht werde.

Hierdurch wird dann diejenige Verbindung von Schuldverhältniß, dinglichem Rechte und Rechtsbesitz hergestellt, auf welcher die Solidität des Mieths- und Pachtrechts beruht, deren es behufs Aufrechterhaltung gedeihlicher Zustände bedarf.

Dieser sich aus der Natur der Sache ergebenden Ordnung entspricht vollständig nur die Preußische Gesetzgebung, der diese Richtung bereits durch das berühmte Hofreskript Friedrich des Großen vom 15. April 1765[6]) vorgezeichnet war.

---

[5]) S. Fischer in der Verhd. des 19. Juristentages Bd. 2 S. 443: „Man darf die Eintragung nicht obligatorisch machen, weil dabei entweder das Interesse des Miethers und das damit verbundene volkswirthschaftliche Interesse zu kurz kommen würde, oder das Grundbuch seine Bedeutung als übersichtliche und zuverlässige Grundlage des Realkredits einbüßen könnte." S. unten §. VI Anm. 16.

[6]) In Mylius N. C. C. Bd. III S. 673. „Wir haben — sagte der König — mit dem größten Mißfallen wahrgenommen, daß in unserer Residenz Berlin der bisher eingerissene Wucher mit Häusern und die aufs höchste getriebene

Dasselbe verordnete, „daß der neue Eigenthümer, welchem die zur Veräußerungszeit sich im Besitze befindenden Miether allemal bekannt gemacht werden müssen", für die noch übrige Dauer des Kontrakts in die Verbindlichkeiten, aber auch in die Rechte seines Verkäufers und Veräußerers eintrete. Findet er sich noch nicht im Besitze, so kann er nur vom Vermiether sein Interesse fordern; ebenso wenn im Falle nothwendiger Subhastation Kündigung stattfindet, welche ausnahmsweise zulässig sein soll, „da die Gläubiger, welche in solchem Falle ohnehin gemeiniglich sehr zu kurz kommen, nicht unbillig eine Begünstigung vor anderen freiwilligen Veräußerern verdienen".

Nach den Bestimmungen des Allg. Preuß. Landrechts selbst folgt:

A. aus dem Vertrage die Verpflichtung zur Ueberlieferung der Sache in brauchbarem Zustande. §. 272 I 21. Erfolgt sie nicht, so kann der conductor nach seiner Wahl auf Einräumung klagen oder zurücktreten. §. 273 a. a. O.

B. Soweit der Berechtigte sich im Besitze befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts. §. 2 I 21.[7]) „Die Verpflichtung, ihm die Ausübung des dinglichen Rechts

Steigerung der Hausmiethen, ungeachtet unserer dieserhalb immediate erlassenen scharfen Verordnungen, noch bis dato beständig fortdauern und Beides größtentheils seine Schutzwehr in der gemeinen Rechts-Regel: „Kauf bricht Miethe" finde, als welche bisher den Käufer berechtigt, den Miether ungeachtet sein mit dem Verkäufer eingegangener Kontrakt noch nicht zu Ende, nach Gefallen auszutreiben oder von ihm ein so hohes Miethsquantum durch die Drohung der Austreibung zu erzwingen, daß Käufer sich dadurch entschädiget, wenn er auch das Haus weit über seinen wahren Werth erkaufet."

[7]) Dazu vergl. Th. I Tit. 2. Preuß. Landr. §. 124: „Insofern dergleichen persönliches Recht das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat, wird es ein Recht zur Sache genannt". §. 135: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache. §. 136: „Rechte, welche mit dem Besitze der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, haben die Eigenschaft eines dinglichen Rechts nur alsdann, wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist (Tit. 20 §. 8). — S. auch Eigenth.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§. 1, 12, 18. — §. 12 stellt fest, daß gesetzliche Vorkaufsrechte, Grundgerechtigkeiten, Miethe und Pacht der Eintragung nicht bedürfen. Man nimmt an, daß die Eintragung mit Bewilligung der locator zuläßig ist. §§. 356 u. Anh. §. 56 zu §. 401. I 21. Zahn in Behrends Zeitschr. Bd. 4 S. 35.

zu gestatten, geht also auf jeden neuen Eigenthümer der belasteten Sache, welcher sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet, mit über." §. 3 a. a. O.[8])

Der §. 358 betont noch besonders, daß durch einen freiwilligen Verkauf in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert wird.[9])

C. Der Besitz des Mieths- und des Pachtrechts wird dadurch erworben, daß sie als Recht ohne Widerspruch des Eigenthumsbesitzers ausgeübt werden. §§. 81 ff. I 7. Der Ausübende ist nicht nur Inhaber des Rechts, sondern — da er es für sich selbst ausübt — Rechtsbesitzer. Auch ist in seiner Person mit dem vollständigen Rechtsbesitze zugleich unvollständiger Sachbesitz verbunden. Denn das Recht wird von ihm als eigenes, die Sache als fremde besessen. §. 4 ff. I 7.

In der Schlußrevision[10]) bemerkt Suarez ad Tit. XXI §. 358 wörtlich Folgendes:

„Die Parömie: Kauf bricht Miethe, ist zwar im l. 9 C. de loc. et cond. gegründet, aber über die Rezeption dieser Gesetzstelle sind die Rechtslehrer so wenig einverstanden, als darüber eine allgemeine gültige Observanz bisher stattgefunden hat. Coccej i in jure controv. Lib. XIX. Tit. 11 qu. 22."

„Das Gesetzbuch muß nach seiner Theorie nothwendig das Gegentheil annehmen, da der Konduktor, indem ihm auf den Grund des Kontrakts der Besitz der Sache eingeräumt worden, ein wirkliches Jus reale überkommen hat, in welchem Falle selbst de jure Romano der Käufer den Konduktor sitzen lassen muß. Der Billigkeit und der Analogie ist auch das Prinzipium des Gesetzbuches

---

[8]) Der §. 4 a. a. O. lautet: „Bei Grundstücken und Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in das Hypothekenbuch die Wirkungen des körperlichen Besitzes der Sache."

[9]) Eine Veränderung tritt insofern ein, als für den Fall der Nichterfüllung seitens des Besitznachfolgers der ursprüngliche Vermiether für das Interesse so lange verhaftet bleibt, als er noch nicht ausdrücklich oder stillschweigend entlassen ist. Dernburg, Pr. Pr.-R. Bd. I S. 740.

[10]) Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allg. Landrechts, S. 67.

unstreitig angemessener. Der Eigenthümer hat den Gebrauch seiner Sache auf eine gewisse Reihe von Jahren einem Anderen eingeräumt, und dadurch sich selbst in der Ausübung seiner Eigenthumsrechte eingeschränkt. Nur mit dieser Einschränkung kann er sein Eigenthum einem Dritten übertragen; er handelt offenbar contra bonam fidem, wenn er das Gegentheil thut; und der Käufer, dem es ohne sein eigenes Verschulden unmöglich verborgen bleiben kann, daß die Sache, die er kaufen will, einem Anderen verpachtet oder vermiethet sei, kann durch seinen Kauf denselben seines wohlerworbenen Rechts ohne die größte Unbilligkeit nicht entsetzen." —

Zur Erläuterung der dem Preuß. Landrechte zu Grunde liegenden Anschauungen darf übrigens noch darauf hingewiesen werden, daß als im Eigenthum enthalten angesehen wurden: das Verfügungsrecht (Proprietät), das Besitzrecht und das Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht ist also in allen seinen Abstufungen naturgemäß ebenso dinglich, als das Eigenthum selbst. Eine dieser Abstufungen ist aber das Mieths- und Pachtrecht.[11])

Sehr wohl verträglich, sowohl mit dem obligatorischen als mit dem dinglichen Charakter der locatio conductio, ist übrigens die Einräumung gewisser Rücktritts- respektive Kündigungsrechte. Dies gilt namentlich von dem für den Fall der nothwendigen Veräußerung statuirten Aufkündigungsrecht.[12])

Der locator hat zwar für sich und seine Rechtsnachfolger verbindlich das dingliche Recht verliehen, aber der Zuschlag Schulden halber ist ein unfreiwillig von Außen eintretendes Ereigniß,

---

[11]) S. Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten Preuß. Landesgesetze 3. Heft (1801) S. 15, 25, 33 ff. — Bei der Verleihung des Nutzungsrechts werden drei Abstufungen unterschieden. Es ist entweder auf die gewöhnliche Nutzung beschränkt (salva substantia — Zeitpacht und Miethe); oder unbeschränkt (Nießbrauch, sogen. usus fructus formalis und Erbpacht) oder endlich nutzbares Eigenthum (Erbzins). Der usus bildet den Uebergang vom vollständigen zum eingeschränkten Nutzungsrecht.

[12]) §§. 350 ff. I 21 Pr. Landr. Die Pacht muß mit Ende des Wirthschaftsjahres geräumt werden, falls sechs Monate vor dessen Ablauf gekündigt ist, andernfalls erst mit Ablauf des nächsten Wirthschaftsjahres. Der Miether ist erst zu räumen verbunden mit Ablauf eines Vierteljahres vom Ausgange desjenigen Quartals, in welchem der Zuschlag erfolgt.

eine Art vis major, durch welche das Eigenthum des Verleihers selbst und damit auch die aus demselben herstammenden Rechte naturgemäß mitbetroffen werden.[13])

Es liegt aber durchaus im Interesse der Rentabilität des Eigenthums, daß selbst diese vis major das dingliche Recht nicht etwa von selbst zum Erlöschen bringt,[14]) sondern nur Kündigungsbefugniß der Gläubiger respektive des Erstehers herbeiführt. Und auch diese ist noch auf den nächsten Kündigungstermin beschränkt; die Räumung darf vom Ersteher nur zu diesem gesetzlich feststehenden Termin oder garnicht verlangt werden.[15])

Vorbehaltlich dieser Kündigungsrechte tritt übrigens auch der Ersteher, wie jeder andere Besitznachfolge in alle Rechte und Pflichten des locator ein, soweit es sich nicht um einzelne Rückstände oder bereits vor dem Eigenthumswechsel fällig gewordene Ersatz- oder Entschädigungsansprüche handelt.[16])

Dies hätte nach der Fassung des §§. 350 ff., 357, 358 I 21 niemals in Zweifel gezogen zu werden brauchen, und wird nunmehr wohl allgemein anerkannt werden, nachdem das Reichsgericht die frühere, in Praxis und Wissenschaft gemachte Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Ausflüssen des Pacht-

---

[13]) Verwandte Fälle sind die Kündigung wegen Erlöschens des Rechts des locators §§. 388 ff. I 21, und die Enteignung der gemietheten Sache. Im letzten Falle macht der Miether seine Schadensansprüche, soweit sie nicht in der Enteignungsentschädigung des Eigenthümers mit inbegriffen sind, unmittelbar gegen den Unternehmer geltend. §§. 11, 45 d. Preuß. Enteig.-Ges. v. 11. Juni 1874.

[14]) Zur sofortigen Entsetzung würde nach dem Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 der Adjudikator nur dann berechtigt sein, wenn das dingliche Recht erst nach der Beschlagnahme begründet worden und auf Grund dessen die Subhastationsbedingung gestellt wäre, daß das Recht mit dem Zuschlage aufhört. Näheres hierüber bei Jaeckel, Zwangsvollstreckung, S. 119, 123.

[15]) Wird sie verlangt, so hat der conductor wegen seines Schadens sich an das Vermögen des locators zu halten, §. 355 I. 21. Ist indessen Kautionshypothek eingetragen, so hat bis zu ihrem Betrage der conductor einen Anspruch auf die Kaufgelder des subhastirten Grundstückes; Dernburg, Pr. Pr.-R. Bd. 1 §. 290 Anm. 3, §. 291 Anm. 26. — Nach der Rechtskonsequenz sollte wie im portugisischen Recht, der Ersteher das Mieths- resp. Pachtrecht übernehmen müssen, wenn es laut Eintragung dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht. S. Fischer a. a. O. S. 447 f.

[16]) Durch letzteres unterscheidet sich diese Succession von der Nachfolge in einem Vermögenskomplex; Dernburg a. a. O. Bd. 1. §. 60 Anm. 15, §. 291 Anm. 3.

und Miethsverhältnisses als unhaltbar erkannt und fallen gelassen hat.[17]) Erfolgt Kündigung garnicht oder nicht rechtzeitig, so bleibt es bei dem Vertrage. Daran hat auch die Grundbuchgesetzgebung des Jahres 1872 nichts geändert.[18])

Mit vollem Rechte macht schließlich Eck[19]) darauf aufmerksam, daß über die Grundregel des Preußischen Landrechts „Kauf bricht Miethe nicht" niemals Klage laut geworden, vielmehr auch die Gesetzrevisoren deren Beibehaltung unbedenklich befürwortet haben, indem sie den einzig möglichen Einwand, daß durch uneingetragene dingliche Rechte in den Glauben des Hypothekenbuchs störend eingegriffen werde, durch die Erwiderung beseitigten, daß bei der Uebergabe Nutzungsrechte, welche durch den Besitz dinglich geworden sein sollen, sich von selbst offenbart haben müssen."

Nicht so vollständig, aber doch annähernd ist der rechtsgeschäftliche Wille des conductor im französischen Rechte anerkannt.

Das ältere französische Recht hatte den dem römischen Rechte entsprechenden Satz „vendage passe louage" ebenfalls angenommen. Dies wurde aber für Pachtverträge über ländliche Grundstücke schon durch Dekret der Nationalversammlung von 1791 geändert: weil durch die jederzeit mögliche Austreibung der Pächter das Interesse der Bodenkultur gefährdet erscheine.[20]) Demnächst ist im code civil art. 1743 bestimmt:

„Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail."

Als Grund wurde angeführt, die römischen Gesetze (c. 3 und 9 C. de locat. 4 65) seien als unvereinbar mit Gerechtigkeit und

---

[17]) Urtheil des R. G. (V.) vom 23. März 1887. E. 17 S. 284 ff. schon früher Förster-Eccius Pr. Priv.-R. Bd. 2 §. 136 Anm. 137 und Jaeckel, Zwangsvollstreckrung, S. 125 ff. Aeltere Ansichten s. Rehbein uud Reincke Pr. L.-R. Anm. 114 zu §. 358 I. 21. Rassow-Küntzel, Beitr. 17 S. 550 ff.; 23 S. 447, 897. R.-G. Bd. 4 S. 285. Dernburg Pr. Pr.-R. Bd. 1 §. 291.

[18]) Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht S. 421. Fischer a. a. O. S. 398.

[19]) Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 2 S. 232 f. Gesetzrevision Pensum XIII. und XIV., Motive S. 49 f., 101.

[20]) Vergl. hierzu die Gutachten von Eck a. a. O. 233 f. und Fischer a. a. O. S. 460 f.

Vertragstreue zu beseitigen. Hat also Miether einen authentischen oder mit einem gewissen Datum versehenen Vertrag für sich, d. h. vermag er in zulässiger Weise darzuthun,[21] daß der Miethsvertrag vor der Veräußerung geschlossen war, so ist der neue Erwerber an den Miethsvertrag gebunden.[22]

Ist im Miethsvertrage das Recht vorbehalten, im Veräußerungsfalle Räumung verlangen zu können, so muß zwar der Miether dem neuen Erwerber weichen; doch ist Letzterer an eine Kündigungsfrist gebunden und Miether muß in einer näher geregelten Weise entschädigt werden. Er braucht nicht eher zu räumen, als bis ihm die Entschädigung vom Vermiether oder vom neuen Erwerber gewährt ist.[23]

Fehlt es dagegen dem Miethsvertrage an der Sicherheit des Datums, so kann der neue Erwerber kündigen und nach Ablauf der Frist Räumung verlangen, ohne daß der Miether gegen den Erwerber Entschädigungsansprüche zu machen hat. Er hat Entschädigungsansprüche gegen den Veräußerer, darf aber wegen dieser die Räumung nicht verweigern.[24]

Von diesen Grundsätzen macht das französische Recht — dessen Bestimmungen unverändert in das Badische Landrecht übergegangen sind —[25] auch für den Fall der Zwangsversteigerung keine Ausnahme.

Davon, daß dem fermier und locataire ein dingliches Recht und Rechtsbesitz, sowie der entsprechende Rechtsschutz durch Klagen zustehe, sagt das Gesetz nichts.

---

[21]) Diese Bestimmung ist für die deutschen Länder französischen Rechts durch §. 14 Nr. 2. E. G. z. C.P.O. nicht beseitigt, weil materieller Natur. Fischer a. a. O. S. 400.

[22]) Das französische Transskriptionsgesetz vom 22. März 1855 Art. 2 Abs. 4 bestimmt jedoch, daß Miethsverträge, welche auf längere Zeit als 18 Jahren abgeschlossen sind, eingetragen werden müssen, um gegen Dritte wirksam zu sein. Dies gilt auch in Elsaß-Lothringen. S. Fischer a. a. O. S. 400 f.

[23]) Art 1744—1749 Code civil. Zachariae, Franz. Civilrecht Bd. II. §. 369 Anm. 31, 33, 55.

[24]) Art. 1750. Zachariae a. a. O. Bd. II. §. 369 S. 537 f. Anm. 35; Motive des Entw. Bd. 2 S. 382.

[25]) Landrecht für das Großherzogthum Baden von 1809 Satz 1743—1750. S. auch §. 146 des Badischen Gesetzes, die Einführung der Reichs-Justizgesetze betr. vom 3. März 1879. — Im Oesterreichischen und im Badischen Gesetzbuche führt das Verhältniß den Namen „Bestandvertrag“.

Nach dem Wortlaute der vom Besitze handelnden art. 2228 ff. des Code civil und art. 23 ff. des Code de procédure sollte man glauben, daß jede „détention ou jouissance d'un droit" Rechtsbesitz ist; gelehrt wird auch, daß der titre de propriétaire den animus sibi habendi bedeute und mit dem titre non précaire identisch sei. Trotzdem wird von der immer entschiedener sich an das rein römische Recht anlehnenden Theorie und Praxis im Wesentlichen nur Eigenthums- und Servitutenbesitz anerkannt.

Der Pächter, dem früher noch hin und wieder ein droit réel[26]) und in Folge dessen Besitzklagen zugeschrieben wurden, soll sich dadurch helfen, daß er auf Grund art. 1166 des code civil die Besitzklage Namens des Verpächters anstellt.[27])

In den Motiven zum Entwurfe werden Bd. II S. 382 im Anschlusse an das französische und badische Recht noch einige ältere Partikularrechte im Gebiete des gemeinen Rechts aufgeführt, als zur Gruppe derjenigen Rechte gehörig, welche dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" folgen, nämlich das Hamburger Stadtrecht, Braunschweig bei schriftlich errichteten Miethsverträgen laut Verordnung vom 25. Oktober 1760 und die altoranischen Landestheile des vormaligen Herzogthums Nassau laut Verordnung vom 26. März 1763.[28])

Daran schließt sich eine dritte Gruppe von Gesetzgebungswerken, welche angeblich einen Mittelweg eingeschlagen haben.

Dieser Mittelweg, dem sich sodann auch der Entwurf selbst

---

[26]) Analog manchen deutschen Rechtsquellen, welche den Unterschied machten, daß der Pächter Gewere hat, der Miether in fremder Gewere sitzt. S. Stobbe, Handbuch Bd. 1. §. 66 Anm. 6, Bd. 2 §. 72 Anm. 21, 25, Bd. 3 §. 186 Anm. 5. Heusler, Gewere S. 119.

[27]) Art. 1166 Code civil etablirt eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß Verträge in der Regel nur zwischen den Kontrahenten, nicht gegen Dritte Wirksamkeit haben (Art. 1165), indem er bestimmt: „Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne." Manche haben, um wenigstens die Spolienklage (réintegrande) dem Pächter aus eigenem Rechte geben zu können, behauptet, dieselbe gehöre gar nicht zu den Besitzklagen (plaintes) des Art. 23 des Code de procédure. Zachariae a. a. O. Bd. I. §. 187 b, §. 190 a Anm. 5 Bd. II. §. 369 Anm. 30 a. Bruns, Besitzklagen S. 227 Anm. 9.

[28]) Also ältere Quellen, in denen sich deutsches Recht erhalten hat. Andere derartige Quellen, nach denen heure voor coop gaet. s. in Stobbe, Handb. Bd. 3 §. 186 Anm. 8, 9. Graf und Dietherr, Rechtssprichwörter S. 280 ff.

(Motive Bd. II S. 385) anschließen zu wollen erklärt, besteht darin, daß Miether und Pächter im Falle des Besitzwechsels zwar zur Räumung verpflichtet sind, jedoch nur nach erfolgter Kündigung, d. h. nach Ablauf gesetzlich bestimmter Räumungsfristen.[29])

Zu dieser der gemeinrechtlichen Praxis entsprechenden Modifikation des reinen römischen Rechts tritt nun aber in den meisten der hierher gehörigen Gesetzgebungen die weitere Modifikation hinzu, daß Eintragung der Mieths- und Pachtrechte in das Grundbuch zugelassen wird mit der Wirkung, „daß der Erwerber an den Vertrag für seine ganze Dauer gebunden ist".[30])

Auch in einigen gemeinrechtlichen Gebieten findet dies statt.[31])

In einigen Gebieten ist der Fall der Zwangsversteigerung ausgenommen.[32])

Ob es zur Eintragung der Einwilligung des locator bedarf oder nicht, darüber sprechen die meisten dieser Gesetze sich nicht aus. Eine rühmliche Ausnahme macht §. 1224 des sächsischen B. G.-B., nach welchem der conductor verlangen kann, daß die vom locator eingegangene Verpflichtung, im Veräußerungsfalle dem Erwerber die Erfüllung des Mieths- oder Pachtvertrags zur Bedingung zu machen, in dem Grundbuche eingetragen werde.

So kümmerlich nun dieser Nothbehelf der Eintragung auch ist, so wenig er der Natur des Rechtsverhältnisses entspricht,[33]) so hat

---

[29]) S. §. 1120 des Oesterr. B. G.-B., §§. 1222, 1225, 1226 des Sächs. B. G.-B. v. 1863, §§. 1495, 1522 des Zürich. Ges.-B., §§. 281, 314 des Schweiz. Bd.-Ges. über das Obligationenrecht v. 1881; §. 21 des Bayerisch. Ges. v. 18. Febr. 1871 Art. 549, 551, 578, 580 des Dresdn. Entw. v. 1866 Art. 444 ff., 451 ff., 480 f. des Bayerisch. Entw. v. 1860.

[30]) S. §. 1095 des Oesterr. B. G.-G., §. 1224 des Sächs. B. G.-B., §§. 1512, 1523, 1546 des Zürich. G.-B., Art. 552, 578 des Dresdn. Entw., Art. 446, 481 des Bayerisch. Entw. Das Schweiz. Bd.-Ges. verweist in Art. 281 Abs. 3 auf das Recht der einzelnen Kantone. Motive des Entw. Bd. II. S. 382 f.

[31]) Nämlich in den Großherz. Hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen; in Neu Vorpommern und Rügen, im Bezirke des vorm. Appell.-Gerichts zu Kassel und in der Provinz Schleswig-Holstein im Gebiet des dänischen Rechts nach den in den Motiven a. a. O. zitirten Gesetzen.

[32]) S. §. 1121 Oesterr. B. G.-B., §. 1224 Sächs. B. G.-B., Art. 446 Abs. 2 des Bayerisch. Entw. — Der Dresdener Entwurf überläßt in Art. 553 die Entscheidung der Frage den Landesgesetzen.

[33]) S. hierüber v. Meibom a.a. O. S. 28, Fischer a. a. O. S. 443, Bahlmann, Grundbr. S. 53. Unten §. VI Anm. 16.

doch der Entwurf auf ihn ebenfalls verzichten müssen, weil er in sein System des abgeschlossenen Sachenrechts und allbeherrschenden Grundbuchrechts nicht paßte.[34]) Dagegen glaubt er anderweitige Mittel zur Aufbesserung der kümmerlichen Rechtsstellung des conductor gefunden zu haben, von welchen in §. V. die Rede sein wird. — Hier ist nur noch hervorzuheben, daß die Kodifikationen, welchen der Entwurf sich vorzugsweise anschließt, im Wesentlichen den letzten fünfzig Jahren angehören, d. h. unter der Einwirkung der historischen Schule der deutschen Romanisten entstanden sind.

Die eigentliche Mission dieser Schule, die künftigen deutschen Gesetzgeber durch Darstellung des rein römischen Rechts von dessen Unanwendbarkeit auf heutige Verhältnisse zu überzeugen, wurde während der obigen Periode verkannt.[35])

Vielmehr gerieth man auf den sehr unhistorischen Abweg, niemals rezipirte antinationale Sätze dieses Rechts als ratio scripta jetzt nachträglich zur Herrschaft bringen zu wollen, ohne zuvörderst die Verschiedenheit der heutigen Zustände von denjenigen zur Zeit der Ausbildung jener römischen Rechtssätze sich vor Augen geführt zu haben.

Wie nothwendig aber letzteres ist, soll nunmehr durch eine kurze Skizze der Entwickelung der locatio conductio im römischen und gemeinen Rechte gezeigt werden.

---

34) S. Motive Bd. II S. 384 f., Bd. III S. 3, 20 f. Unten §. V Anm. 11.

35) S. über diese Mission Sohm, Fränkisches und Römisches Recht in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Germ. Abth. Bd. 1. (1880) S. 79 f. Kloeppel, Beitr. zur Erläuterung u. Würdigung des Entw. 2c. in Rassow-Küntzel, Beitr. Bd. 32 S. 614 f. Kloeppel bezeichnet nicht mit Unrecht als Nachwirkung des abfälligen Urtheils Savignys über das Preuß. L.-R. das Mißtrauen, welches uns verhindert hat, das Preuß. Landrecht als den natürlichsten und am sichersten zum Ziele führenden Ausgangspunkt zu nehmen für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Er erblickt in dem Preuß. Landrecht ein lebendiges Zeugniß der in dreihundertjährigem Gerichtsgebrauche geschichtlich zum Abschlusse gekommenen wirklichen Rezeption im Gegensatze gegen die neue „ungeschichtliche Rezeption eines gereinigten Römischen Rechts, welche von Savigny und seiner Schule unternommen worden, ohne und gegen das Bedürfniß der Rechtspflege, allein aus dem Doktrinarismus einer wirklich oder vermeintlich gründlichen Rechtsgeschichte heraus“.

§. III. Die locatio conductio im römischen Rechte.

Die Vollkommenheit der Rechtsordnung besteht darin, daß sie dem Berechtigten für alle Fälle Zwangsmittel zur Verfügung stellt, durch welche er das ihm Gebührende und Zugesicherte auch unabhängig von dem guten Willen des Verpflichteten erreichen kann.

Ihre Wirkung ist, daß in der Regel freiwillig erfüllt wird, weil Vortheile, welche den moralischen Vorwurf des Vertragsbruchs aufwiegen könnten, nicht in Aussicht stehen. Dadurch befestigt sich im Interesse sowohl des Einzelnen als des Gemeinwohls das Pflichtbewußtsein, die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit, seine Versprechungen zu halten, übernommene Verpflichtungen zu erfüllen.

Auf dem hier in Rede stehenden Gebiete leidet nun die römische Rechtsordnung — aus Ursachen, von denen später die Rede sein soll — an der sehr eigenthümlichen Unvollkommenheit, daß der auf ein unmittelbares Rechtsverhältniß zum gepachteten Gute oder zu der gemietheten Wohnung gerichtete Geschäftswille rechtlich nicht anerkannt und in Folge dessen machtlos und schutzlos ist.

Dadurch mußte die in der späteren Kaiserzeit scharf hervortretende soziale Ungleichheit noch bedeutend verschärft werden, wie andererseits die Aufrechterhaltung einer so unvollkommenen Rechtsordnung zum Nachtheile der Pächter und Miether sich wiederum durch die sozialen Zustände jener Zeit in Verbindung mit dem Schwinden der rechtsschöpferischen Kräfte erklärt.

Der im Besitze befindliche Konduktor wird nicht als Besitzer anerkannt; er ist wider Willen nichts als ein sogenannter Detentor, d. h. Stellvertreter fremden Besitzes der Sache, und Dritten gegenüber nur Diener seines Mitkontrahenten. — Er gilt ganz gleich einem procurator, hospes, amicus, welcher „alieno nomine in possessione est“, „alienae possessioni praestat ministerium“. (L. 9, L. 18 pr. D. de a. v. a. poss. 41, 2.)

Der locator übt seinen juristischen Besitz durch den conductor aus. Es ist in den Augen der Römer gleichgültig, ob sich die Sache in den Händen eines Sklaven befindet, der den Besitzwillen nicht haben kann, oder in den Händen eines Miethers, der den

Besitzwillen nicht haben darf, dessen Besitzwille als solcher rechtlich nicht anerkannt wird.[1])

Die Detention des conductor ist genau dieselbe, wie die der Depositare, Mandatare und sonstigen Bediensteten an den ihnen anvertrauten Sachen.[2])

Wie die genannten Personen entbehrt er Dritten gegenüber jeden Besitzschutzes; dem Prekaristen, dem unredlichen Besitzer, dem Diebe steht gegen den Störer das interdictum uti possidetis zu, dem conductor nicht.[3]) Besitzer wird dieser erst durch rechtswidrige Auflehnung gegen den von ihm im Besitz vertretenen locator.[4])

Da der Besitz des conductor bloße Stellvertretung ist, so wird ihm nicht einmal wie dem Servitutberechtigten juris quasi possessio zugeschrieben. Um so weniger kann von einem dinglichen Rechte an der Sache (a. confessoria, Publiciana) die Rede sein.

Pachtet oder miethet der bisherige Prekarist, so hört sein Besitz auf. Wird der conductor als solcher entsetzt, so steht das interd.

---

[1]) L. 25 §. 1 D. de a. v. a poss. 41. 2 (Pomponius) „Nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quidquam interest.“ S. Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation 16 f.

[2]) S. §. 5 Instt. de interd. 4. 15. Possidere videtur quisque non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur L. 1 §. 2 D. de precar. 43. 26. — Miethet der Eigenthümer seine eigene Sache (d. h. das in possessione esse) vom Pfandgläubiger, so besitzt allein der Letztere L. 33 §. 6 D. de usurp 41. 3. Miethet der bisherige Prekarist, so verliert er den Besitz. L. 10 D. de a. v. a. poss. 41. 2. Dazu Ziebarth a. a. O. S. 132 ff.

[3]) Wohl aber gegen den conductor, wenn derselbe eine Besitzhandlung (Reparatur) vornehmen will. Dann erklärt der Eigenthümer bei Anstellung des Interdikts: „non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret. L. 3 §. 3 D. uti poss. 43. 17. — Das interd. quod vi aut cl. steht dem Pächter zu. L 11 §. 12 D. 43. 24; dies ist aber auch keine Besitzklage, sondern eine zur Wahrung rein persönlicher Interessen dienende Deliktklage. Dernburg, Pand. I §. 234 Anm. 5.

[4]) Hat im Veräußerungsfalle der Pächter dem zur Besitzergreifung angewiesenen Käufer die Räumung verweigert (non admisit), so ist dadurch in der Person des Käufers der dominus dejizirt, und hat sich dadurch der Pächter, wenn auch rechtswidrig zum Besitzer gemacht. Wird der Pächter demnächst vertrieben vom Erwerber oder von einem Dritten, so hat er selbst nunmehr das Interd. unde vi gegenüber diesem Dejicienten, dem Verpächter steht aber das Interdikt zu gegenüber dem Pächter. L. 12. L. 18 pr. D. de vi 43. 16.

de vi nicht ihm, sondern dem Lokator zu, dem Konduktor nur dann, wenn er entsetzt wird, nachdem er sich eigenmächtig zum Besitzer aufgeworfen hat.[5])

Charakteristisch für den Mangel eines direkten Verhältnisses zur Sache ist der Fruchterwerb des Pächters, welcher sich weder durch Trennung vom Boden, wie beim Sachbesitzer, noch durch einseitige Besitzergreifung, wie beim Nießbrauch, vollzieht. Die Früchte erwirbt der Verpächter; der Pächter muß sie von diesem erst wieder für sich erwerben durch Tradition, deren Stelle durch die jederzeit widerrufliche Erlaubniß zur Aneignung vertreten wird.[6])

Ein direktes Verhältniß zur Sache existirt also rechtlich auch hier nicht. — Dasjenige Rechtsmittel, welches dem conductor die mangelnde direkte Rechtsbeziehung zur Sache ersetzen soll, welches aber vielmehr darthut, daß eine solche Beziehung rechtlich nicht existirte, ist die actio conducti gegen den locator — eine a. in personam — gegründet auf seine Verpflichtung, das uti frui licere zu präſtiren.

Die Ansprüche, welche aus dieser obligatio faciendi möglicherweise hergeleitet werden können, sind in der Regel nur Rücktritt und Herabsetzung oder Erlaß des Zinses; ausnahmsweise Gelderſatz, und zwar das Interesse, falls ein solches nachgewiesen werden kann, im Falle besonderer Verschuldung des locator oder im Falle der Eviktion.[7])

---

[5]) L. 18 pr. D. de vi 43. 16 (Papinian): Cum fundum qui locaverat vendidisset, jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit, postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit; . . . Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri. non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata . . ." S. auch L. 12 D. eod. und L. 20 D. de a v. a poss. 41. 2. (beide von Marcellus). Dazu Ziebarth a. a. O. S. 126 ff. und Fischer a. a. O. S. 318 ff.

[6]) L. 62 §. 8 D. de furt. 47. 2. l. 4 §. 1 D. de reb. cr. 12. 1. Dernburg, Pand. 1 §. 205 S. 471. bemerkt, nach gemeinem Rechte habe die Zurücknahme der Erlaubniß gegen den Kontrakt keine Bedeutung mehr, weil der Verpächter nicht mehr beliebig exmittiren könne. S. unten §. IV Anm. 2 ff.

[7]) Entschädigungsansprüche des Pächters wegen verzögerter Erfüllung „totius quinquennii nomine", wenn auch der Verpächter später, nachdem ersterer eine andere Pachtung übernommen hat, sich zur Erfüllung bereit erklärt. L. 24 §. 4 D. h. t. 19. 2. (Paullus); des Generalmiethers einer ganzen insula, welche derselbe für

Eine solche obligatio faciendi hat das Eigenthümliche, daß sie je nach Umständen besten Falles wohl zu einem vollstreckbaren Geldanspruch führen, oder zur Abwehr eines Geldanspruchs dienen kann, den Anspruch auf Naturalerfüllung aber vollständig negirt.

Nach herrschender Ansicht konnte selbst im Justinianischem Rechte eine Verurtheilung ad faciendum nicht erfolgen; jedenfalls konnte Vollstreckung nur auf das zu liquidirende Geldinteresse stattfinden.[8])

Weigert der locator von vornherein die Erfüllung, so kann die Besitzeinweisung nicht erzwungen werden; erhob er während der Kontraktzeit gegen den im Besitz befindlichen conductor Räumungsklage (rei vindicatio oder interd. uti possidetis), so konnte derselben ex contractu kein Einwand entgegengesetzt werden.

Ja der conductor hat die Pacht oder seine Wohnung auf Verlangen des locator jederzeit zu räumen, falls er sich nicht dem interd. de vi aussetzen will; er müßte denn besondere Gründe für Bewilligung eines Aufschubes anführen können. Der Umstand, daß der Kontrakt noch läuft, begründet keinen Einwand

---

ein höheres Pauschquantum weiter vermiethet hat, auf das ganze Interesse L. 7, L. 8 D. eod.; gegen den Verpächter einer schädlichen Viehweide, L. 19 §. 1 D. eod.; Rücktrittsrecht des Miethers und Anspruch auf verhältnißmäßigen Erlaß am Miethszinse, wenn die Wohnung durch Bauten des Nachbars verdunkelt worden oder der Vermiether die Wohnung nicht in brauchbarem Zustande hält. L. 25 §. 2 D. ht. Rücktritt wegen Eviktion. L. 9 pr. D. ht. Remissionsansprüche des Pächters wegen Vermiethung der Ernte durch außerordentliche Unfälle. L. 15 §§. 2—4, L. 25 §. 6 D. ht. c. 8 C. eod. 4. 65.

[8]) Die Veranschlagung des facere in Geld im Urtheil wurde als selbstverständlich angesehen. L. 13 §. 1 D. de re jud. 42. 1 (Celsus): quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. Waechter, Erörter., Heft 2 S. 20 ff., sucht nachzuweisen, daß Justinian diesen Grundsatz als nicht mehr bestehend angesehen habe, wofür er sich namentlich auf die in c. 14 C. de sent. 7. 45 beruft: „ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare rel.“; wogegen Wetzell, System §. 46 Anm. 23 bemerkt, durch diesen beiläufigen Ausdruck sei eine Aenderung gewiß nicht bezweckt. — Unstreitig ist, daß nach Justinianischem und gemeinem Recht bei Verurtheilung ad faciendum nur Exekution stattfindet auf das zu ermittelnde Geldinteresse. Waechter a. a. O. Heft 2 S. 25 ff., Wetzell a. a. O. S. 554 ff. S. auch Ziebarth, Realexekution S. 158 f.

gegen die Räumung, sondern nur den Geldanspruch.[9]) Statt des Geldanspruchs für Nichtgewährung der Miethswohnung hat sich der Miether mit einer anderen ihm angebotenen, gleich bequemen Wohnung zu begnügen.[10])

Da der Vertrag nur eine obligatio faciendi begründet, den locator dagegen in der Verfügung über das vermiethete oder verpachtete Grundstück rechtlich nicht beschränkt, so wird die Obligation durch eine Veräußerung des Grundstücks an sich nicht berührt.[11])

Ebensowenig berührt sie an sich den neuen Erwerber. Aber in seinem eigenen Interesse — um nicht wegen Schadenersatzes in Anspruch genommen zu werden, wird der Verpächter für den freiwilligen Eintritt des Successors in den Vertrag Sorge tragen.[12]) Findet sich der Verpächter aber hierzu nicht ver=

---

[9]) Marcellus hebt in den beiden schon oben Anm. 5 zitirten Stellen hervor, daß nicht unter allen Umständen die Weigerung des Kommodatars oder Pächters, den Besitz sofort zu räumen, als widerrechtliche, das interd. de vi begründende Anmaßung zu erachten sei. L. 20 D. 41. 2: „quid enim si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret.“ L. 12 D. 43. 16: „nisi forte propter justam et rationabilem causam id fecisset.“ Also aus dem Vertrag selbst kann der Einwand nicht hergenommen werden, sondern nur aus einer alia causa (Krankheit, Betrug, Impensenforderungen u. dgl. S. Ziebarth, Realex. S. 128 ff.

[10]) Nach L. 9 pr. D. ht. (Ulpian) soll die Entschädigungsklage des vom wahren Eigenthümer nicht zugelassenen conductor gegen den locator abgewiesen werden. „Si locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare.“

[11]) Vom römischen Standpunkt aus, nach welchem Miethe ein direktes Verhältniß zur res conducta gar nicht enthält, kann auch die Frage, ob Kauf Miethe bricht, garnicht aufgeworfen werden; event. würde sie zu verneinen sein. Dagegen vom deutschrechtlichen Standpunkt, nach welchem der conductor ein dingliches Recht hat, ist die Frage, ob dies dingliche Recht durch Kauf gebrochen wird oder nicht, ganz korrekt. S. hierzu Windscheid, Pand. Bd. 2 §. 400 Anm. 7, v. Vangerow, Pand. Bd. 3 §. 643 Anm. 2. — Auch unten §. IV Anm. 19 ff.

[12]) L. 15 §. 1 D. ht. (Gajus): Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. Dies geschieht durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Veräußerungsvertrag, welcher der Käufer nicht entgegenhandeln kann, ohne sich seinerseits dem Verkäufer regreßpflichtig zu machen. L. 13 §. 30 D. de a.e.v. 19. 1, u. c. 9 C. ht. 4. 65. Ueber diese berühmte Stelle, die sogen. L. Emptorem von

anlaßt, weil er aus irgend welchen Gründen die Eventualität der Regreßklage nicht fürchtet,[13]) so kann der Pächter sich nicht halten.

Als Besitzstellvertreter des Verpächters hat er dessen Anweisung zur Räumung und Uebergabe an den Erwerber Folge zu leisten; im Fall des Widerstandes wird er gewaltsam oder durch interd. de vi entsetzt. Das Sachverhältniß ist rechtlich durch den Veräußerungsvertrag nicht verändert. Leistet der Pächter der Uebergabeanweisung keine Folge, so kann der Erwerber freilich die Räumungsklage, da der bloße Vertrag ihn weder zum Eigenthümer, noch zum Besitzer macht, nur Namens des locator anstellen (als zedirte Klage). Aber das schadet nichts, weil auch dem locator selbst der Vertrag bei dem Räumungsanspruche nicht entgegensteht.[14])

Da der geschilderte Rechtszustand unserem Rechtsgefühl und unseren Vorstellungen von der Natur der Sache nicht entspricht, so hat man sich die Frage vorgelegt, wie er entstanden sein mag und warum nicht wenigstens in der Kaiserzeit oder doch im Justinianischen Rechte das Vertragsrecht des conductor zu einem vollstreckbaren Anspruch auf Naturalbesitz und zum jus in re aliena entwickelt worden ist.

Die Antworten sind verschieden ausgefallen.[15]) Sicher haben eine Reihe verschiedener Momente die Entwickelung beeinflußt; so z. B. die Tendenz des römischen Rechts, das Eigenthum von Beschränkung durch dingliche Rechte und von komplizirten Besitzver-

---

Alexander Severus a. 234, s. Ziebarth a. a. O. S. 150 ff., Fischer a. a. O. S. 321 f. Anm. 40 und unten in §. IV.

[13]) z. B. weil er zahlungsunfähig oder der Schadensanspruch schwer zu begründen ist. Sehr häufig sind auch der Charakter oder die persönlichen Verhältnisse des conductor derartig, daß derselbe voraussichtlich nicht daran denkt, als Kläger in einem weitaussehenden Prozesse aufzutreten, nachdem der eigentliche Vertragszweck ohnehin verfehlt ist.

[14]) L. 13 D. de vi 43. 16 (Marcellus): „dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem cui jussisset dominus tradi possessionem non admisit. S. Ziebarth a. a. O. S. 128 ff.

[15]) S. namentlich Ziebarth, Realexekution ꝛc. S. 156. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 127 ff., 183 ff. Pernice Labeo I S. 466 ff. Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 110. S. auch die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Fischer a. a. O. S. 348 ff. — Um das römische Mieths- und Pachtrecht als historische Erscheinung richtig zu beurtheilen, muß man es sich vorstellen

hältnissen möglichst freizuhalten. Lag diese Tendenz einmal vor und kam es dann allmälig auf, Wohnungs- und Nutzungsrechte an kleine Leute auf kurze Zeit und seitens des Eigenthumsbesitzers, des Generalpächters oder des Superfiziars beliebig entziehbar gegen periodische Zinszahlung zu bewilligen, so lag es allerdings nahe, die Bewilligung rein als praestatio personalis, den Vertrag also als eine rein obligatorische Abrede aufzufassen, durch welche die Freiheit des Eigenthums in keiner Weise beschränkt werden sollte.

Als entscheidend aber für den geschilderten Rechtszustand dürfte zu erachten sein der Mangel eines besonderen Immobiliarsachenrechts und die Verwandtschaft der locatio conductio mit den Realkontrakten.

Man hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß das römische Recht die Immobilarmiethe und -Pacht überhaupt als besonderes Institut so wenig ausgebildet hat, daß es nicht einmal Kündigungsfristen kennt. In der That war die Immobiliarlokation bei den Römern nur eine erst sehr spät zu häufigerer Anwendung und einiger Bedeutung gelangte Abart des allgemeinen Lokationsgeschäfts, des Bestandvertrags, oder besser des Unterbringungsvertrages.[16])

Wie man in der alten Zeit sein Gespannvieh und seine Arbeitssklaven zur Feldarbeit, seine Heerde zum Weiden, seine Kleider zum Reinigen und Flicken, sein Material zum Verarbeiten und Verbauen unterbrachte, so in späterer Zeit sein Land zum Anbau, die

---

inmitten eines Rechtssystems, welches Jahrhunderte lang Begründung dinglicher Rechte überhaupt nur als Nebenabrede bei der Eigenthumsübertragung kannte, ferner bis in die späteste Zeit nur Verurtheilungen auf Geld, sodaß selbst der vindizirende Eigenthümer der Enteignung durch Zahlung der litis aestimatio seitens des Besitzers ausgesetzt war.

Betrachten wir die Verbindlichkeiten des locator — und die analogen des venditor — von der Seite ihrer Realisirung im römischen Prozesse, so erhalten wir den Eindruck, als sei in obligatione immer nur baares Geld, die Naturalerfüllung nur in solutione. Ziebarth a. a. O. S. 24.

[16]) Den Bestandvertrag definirt §. 1090 des Oesterr. B. G.-B. als: „Vertrag, wodurch Jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält". Im Badischen Land-R. lautet Satz 1713: „Man kann Sachen jeder Art, bewegliche oder unbewegliche Güter, in Bestand geben oder nehmen. (Art. 1713 Code civil: On peut louer toutes sortes de biens, meuble ou immeubles)."

Wohnungen in der insula zum Bewohnen, die Schiffe zum Transport und dergleichen.[17])

Die im Wesentlichen gleichmäßige Behandlung aller dieser Geschäfte beweist ihre Zusammengehörigkeit in der römischen Anschauung vermöge eines bis in die späteste Zeit aufrecht erhaltenen gemeinsamen ökonomischen Charakters. Dieser ökonomische Charakter ist die Doppelherrschaft des locator über den conductor einmal als Eigenthumsbesitzer beziehentlich juristischen Besitzer gegenüber seinem Besitzvertreter, sodann als Realgläubiger gegenüber dem Realschuldner, welchem jener vermöge seines rechtlichen und sozialen Uebergewichts die Vertragsbedingungen diktirt, und dem dieser zur sorgfältigen Behandlung, Konservirung und Rückgabe der anvertrauten Besitzthümer verpflichtet ist.[18])

Die Verwandtschaft mit den Realverträgen, namentlich dem

---

[17]) Vermiethen von Spannvieh kam schon in den 12 Tafeln vor. Gajus Instit.: IV. §. 28. Bei Plautus kommt „conducere“ ständig vor für das Holen von Arbeitern. Die zur Erntearbeit oder zu anderen Diensten zur Verfügung stehenden Sklaven werden an bestimmten Orten „aufgestellt“ (locatio) und können von dort „geholt“ werden (conductio). — Vermiethung von Vieh zum Weiden, von Kleidern zum Flicken, L. 9 §. 5 D. ht.; Transportverdingung. L. 11 §. 3, L. 13 §. 1.; Lehrvertrag mit einem Handwerker. L. 13 §. 14 D. ht. — Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 110, hebt hervor, daß die Grundbesitzer und Bewohner des alten Latium entweder Eigenthümer oder Prekaristen, nicht Pächter oder Miether waren. Erst nachdem die Ausdrücke locatio conductio bei Moventien den Sinn von Vermiethen angenommen hatten, kam Vermiethung von Immobilien in Gebrauch. In den Erörterungen der Pandektenjuristen spielt sie die Hauptrolle, wegen der Wichtigkeit, die sie in den letzten Jahrhunderten der Republik erlangt hatte. Der Immobiliarmiethe die überkommenen Regeln der Mobiliarmiethe „einigermaßen anzupassen, war denn auch eine besonders schwierige Aufgabe, welche die Juristen zu lösen hatten“.

[18]) Wie bei der emtio venditio der Käufer, so ist andrerseits bei der locatio conductio der locator der Initiativ-Gläubiger, welcher nach der national-römischen Vorstellung dem Mitkontrahenten die Bedingungen diktirt und durch seine Aktion den Vertrag zu Stande bringt, andrerseits auch die Gefahr zu tragen hat. Die Hauptverpflichtung, welche noch übrig bleibt, nachdem beide Verhältnisse re kontrahirt sind, ist bei der emtio venditio die Gewährleistung (Schuldner: venditor) bei der locatio conductio die Rückgabe. (Schuldner: conductor). — S. über die römische locatio conductio als Realvertrag Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. 188 ff. und Pernice Labeo I S. 466 f.

depositum und commodatum, springt in die Augen.[19]) Dem Prinzipe des Realvertrages entspricht es auch, daß der conductor die merces nur soweit und solange zu zahlen braucht, als ihm vorgeleistet ist.[20])

In sehr charakteristischer Weise zeigt sich aber das Uebergewicht des locator grade dann, wenn man die spätere Anerkennung des locatio conductio als Konsensualkontrakt ins Auge faßt.

Der locator kann allerdings den Zins nur fordern, so lange er den Miether wohnen läßt, aber es giebt keinen vollstreckbaren Anspruch gegen ihn auf Einräumung des Mieths- oder Pachtbesitzes, wenn er Lust hat, zurückzutreten und anderweitig zu verfügen. Liegt aber der entgegengesetzte Fall vor: der conductor will von dem Versprochenen keinen Gebrauch machen, der locator findet es aber in seinem Interesse, ihm die Wohnung oder das Pachtgut zur Verfügung haltend, bei dem Vertrage stehen zu bleiben, so hat der locator aus dem Konsensualvertrage (a. locati) eine liquide und vollstreckbare Geldforderung, unabhängig von wirklich erfolgter Uebergabe.[21])

Die Frage, warum sich nicht noch in der christlichen Kaiser-

---

[19]) Dem conductor fehlt jede Sachherrschaft — sowohl Besitz als dingliches Recht. Sein rechtliches Interesse erschöpft sich in dem Vertragsverhältniß. Ebenso steht der Depositar und Kommodatar.

[20]) Hierbei ist in Betreff der relocatio tacita zu erinnern an die berühmten Worte in L. 13 §. 11 D. ht.: „in urbanis autem praediis alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur". S. v. Vangerow, Pand. Bd. 3 §. 644, Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 111 Anm. 37, und vorzüglich die Abhandlung von Behn, Zur Interpretation der L. 13 §. 11 D. 19 2 im Arch. für civil. Praxis, Bd. 68 (1885) S. 52 ff. — Die Verpflichtung bestimmte sich nach der Zeit „so lange Jeder wohnen bleibt", wie noch heute in den Gasthöfen. Relocatio tacita konnte bei den gewöhnlichen Miethen, weil sie ohne Zeitbestimmung geschlossen, mithin jederzeit widerruflich waren, nicht vorkommen. Sie wird außer in der L. 13 §. 11 cit. noch in L. 14 D. ht. und c. 16 C. ht. 4. 65 — beide Male bei praedia rustica — erwähnt. Nur wenn bestimmte Zeit besonders verabredet, darf der Miether nicht ohne Weiteres ausziehen. L. 1 D. de migrando 43. 32 — Generalmiethe einer ganzen insula wird natürlich auf bestimmte Zeit geschlossen. L. 58 pr. D. ht. Behn a. a. O. S. 65 f. und unter Anm. 29.

[21]) Im Ganzen kann man sagen, praktisch hat die locatio conductio ihren ursprünglichen Charakter als Realvertrag beibehalten zum Nachtheile des conductors. Konsensualkontrakt ist sie zu Gunsten des locator geworden. Entschädigungsansprüche hatte Letzterer — angesichts der unten zu erwähnenden sozialen Verhältnisse — wohl nur ausnahmsweise zu befürchten.

zeit ein dingliches Immobiliar-Mieths- und Pachtrecht ausgebildet habe, ist nicht schwer zu beantworten.

Es pflegt darauf hingewiesen zu werden, daß es anscheinend an einem geachteten und einflußreichen Pächterstande gefehlt habe.[22]) Ferner wird das gewerbsmäßige Vermiethungswesen in Rom selbst und anderen volkreichen Städten des Reichs geschildert.[23])

Die Reichen wohnten allein in ihren herrschaftlichen, mit Luxus und allen möglichen Bequemlichkeiten ausgestatteten Häusern (domus), Miether wurden in diese nicht aufgenommen.

Weit zahlreicher aber waren die sechs bis sieben Stock hohen Miethskasernen (insulae). In diesen wohnten auf Widerruf Klienten und Freigelassene unentgeltlich (gratuita habitatio).[24]) Auch fanden daselbst vorübergehend sich aufhaltende Fremde Unterkommen.[25]) Hauptsächlich aber war in ihnen die große Masse der Bevölkerung, kleine Gewerbetreibende und Handwerker, sowie das gesammte Proletariat in Kellerlokalen, Dachkammern und anderen schlafstellenartigen, dürftig ausgestatteten Räumen[26]) zusammengedrängt.

Diese Leute hatten in den höchst unsolide und feuergefährlich gebauten, nicht verschlossenen und daher häufigen Diebstählen und Einbrüchen ausgesetzten Miethshäusern einzelne Zimmer, Verkaufsläden und Werkstätten (coenacula, maeniana, cubicula, tabernae) als Miether resp. Aftermiether inne und mußten für die armseligsten Lokalitäten hohe Preise bezahlen. Einstürze und Brände, bei denen eine Anzahl Miether das Leben verloren, kamen häufig vor.[27])

---

[22]) S. Mommsen, Römische Geschichte Bd. I S. 828; Pernice Labeo Bd. I S. 466.

[23]) S. Poehlmann, Die Uebervölkerung der antiken Großstädte rc. (Nr. 24 der Preisschriften der Fürstl. Jablonowski'schen Gesellschaft) S. 88 ff., S. 106 ff. und die von Behn im Arch. für civil. Praxis, Bd. 68 S. 61, zusammengestellte Literatur. Auch Fischer a. a. O. 350 ff. Anm. 128.

[24]) L. 5 §. 1 D. de his qui effud. 9. 3. L. 7 D. de instr. vel instrum. leg. 33. 7. Fischer a. a. O. S. 353, Anm. 128.

[25]) S. Behn: Zur Interpretation der L. 13 §. 11 D. 19. 2 im Arch. für civil. Praxis, Bd. 68 (1885) S. 61 ff.

[26]) Schon im alten Rom hielten sich die Bewohner den Tag über großentheils auf dem Forum und auf den Straßen auf. Auch zu gewerblichen Zwecken wurden die Straßen in großem Umfange mitbenutzt. Poehlmann a. a. O. S. 78; Behn a. a. O. S. 62. Damit hängt die schlafstellenartige, dürftige Einrichtung der Wohnungen zusammen.

[27]) Ulpian und Paullus schrieben jeder ein besonderes Buch über das

Solche Zustände machen es begreiflich, daß die Miethsverträge durchgängig ohne Zeitbestimmung, jederzeit widerruflich abgeschlossen wurden,[28]) weil es für den Vermiether — in Folge der problematischen Zahlungsfähigkeit und Redlichkeit der zahlreichen unbemittelten Miether, — wichtig war, dieselben bei nicht pünktlicher Bezahlung der pensio oder wegen sonstiger Unzuverlässigkeit sofort exmittiren zu können.

In Folge der beschriebenen prekären Stellung waren die inquilini thatsächlich der Willkür des Vizewirths oder des Generalmiethers ausgesetzt.[29])

officium praefecti vigilum, worin auch von dessen Polizei- und Strafgewalt gegenüber den inquilini gehandelt wurde. S. L. 3 D. de off. praef. vigilum 1. 15. §. 1. „aut fustibus castigat eos, qui neglegentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustium castigationem remittit"; §. 4. praeterea ut aquam unusquisque inquilinus in coenaculo habeat, jubetur admonere — L. 5 D. eod. wird ein Reskript von Severus und Antonin an den prefectus vigilum mitgetheilt: „Insularios et eos, qui negligenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis caedi jubere." Der insularius (Vizewirth), in der Regel ein Sklave in der privatrechtlichen Stellung des institor (.L 5 §. 1 D. de instt. act. 14. 3. L. 16 §. 1. D. de usu et hab. 7, 8); er ist zugleich der Polizei für Aufrechterhaltung der Hausordnung verantwortlich. — Ein Vergleich mit modernen Verhältnissen liegt nahe. Im August 1888 haben, wie der „Warschauer Kurier" berichtet (Voss. Ztg. v. 4. Sept. 1888 Nr. 418 1. Beilage), eine Anzahl Warschauer Hausbesitzer bei der dortigen Polizeidirektion die Aufhebung einer Verfügung beantragt, durch welche das Privilegium der Miether, einen eigenen Hausschlüssel haben zu dürfen, aufgehoben worden war. Darauf ist der Bescheid ergangen: der Petition könne entsprochen werden, wenn jeder Miether eine Erklärung des Inhalts unterschreibe, daß er bei etwaigen Diebstählen in dem betr. Grundstücke für den Werth des gestohlenen Gutes haftbar sein wolle, im Unvermögensfalle sich der entsprechenden Haftstrafe unterwerfe.

[28]) Wird eine bestimmte Miethsdauer festgesetzt, so hat dies den Charakter einer Nebenverabredung, gehört zu den accidentalia negotii. Nur Pachtverträge und Generalmiethe einer ganzen insula werden auf bestimmte Zeit geschlossen. L. 9 §. 1, L. 14, L. 24 §§. 2, 4, 5, L. 32, L. 54 §. 1, L. 55 §. 2, L. 58 pr. D. loc. 19, 2; Behn a. a. O. S. 61 und 64; Seuff, Arch. Bd. 31 Nr. 223, Bd. 36 Nr. 190. S. auch oben Anm. 20.

[29]) Die Verwerthung der Miethskasernen erfolgte entweder so, daß der Eigenthümer einen Vizewirth (insularius, aedificio praepositus) einsetzt, welcher für seine Rechnung im Einzelnen vermiethet. L. 5 § 1. D. de instt act 14. 3.; oder so, daß er die insula im Ganzen (per aversionem) an einen Unternehmer vermiethet, welcher seinerseits die einzelnen coenacula, tabernae u. s. f. mit Nutzen weitervermiethet. L. 30 pr., L. 35 pr. D. loc 19. 2. — Im Falle der Veräußerung der insula wurde dann im Vertrage bemerkt, daß die Miethsansprüche an die einzelnen

Wohnungswechsel waren sehr häufig und die allgemeine Unsicherheit des Wohnens Ursache fortdauernder Wohnungsnoth. Die im Besitze des Vermiethungsmonopols befindlichen Hausbesitzer hatten sicherlich kein Interesse, das die große Masse ihnen gegenüber rechtlos machende Miethsrecht zu ändern.

Daß aber auch innerhalb des römischen Rechtes eine andere Gestaltung der locatio-conductio sich herausbilden konnte, sobald einflußreiche soziale Interessen die Umgestaltung forderten, haben die Thatsachen bewiesen. Das Interesse der Staatskasse veranlaßte ein Sonderrecht zu Gunsten der fiskalischen Pächter; um Regresse gegen den Fiskus zu verhüten, bleiben sie auch im Falle der Veräußerung im ungestörten Rechtsbesitz. Die Pacht zahlen sie an den Erwerber. Gegen gewaltsame Eingriffe sind sie durch interdictum de loco publico fruendo geschützt.[30])

Einen ferneren Beweis liefert die Anerkennung der Superfizies und Emphyteuse als dinglicher mit Sachbesitz verbundener Rechte. Durch diese Sicherung des Besitzes der Erbpächter wurde es nämlich ermöglicht, Staats- und Gemeindeländereien, sowie kaiserliche Domanialgüter besser kultiviren und verwerthen zu können, als dies im Wege der Selbstbewirthschaftung oder des Austhuns zu gewöhnlicher Zeitpacht — mit der prekären Rechtsstellung eines gewöhnlichen colonus — möglich gewesen wäre.[31])

Sohm[32]) hat eine vielfach zitirte Skizze der nationalrömischen locatio conductio entworfen, in welcher es unter Anderm heißt:

> „Der Miether ist nach römischem Rechte und ebenso nach heutigem gemeinem Rechte nicht berechtigt, in dem gemietheten Hause zu wohnen, daselbst einzuziehen, sich dort aufzuhalten u. s. f. Wäre er dazu berechtigt, so würde er ein dingliches Recht haben."

---

inquilini, oder letzteren Falles, daß der Anspruch an den Generalmiether auf den Käufer mit übergehe. L. 53 pr. D. de a. e. v. 19. 1. L. 58 pr. D. loc. 19. 2. Ziebarth, Realexek. S. 10 und 149, Fischer a. a. O. S. 322 Anm. 41.

[30]) L. 50 D. de jure fisci 49. 14. v. Vangerow Pd. Bd. 3. §. 643 Anm. 2 Ziffer 1, Unger in den Jahrb. für Dogmat. Bd. 10 S. 21 Anm. 25 und die bei Fischer a. a. O. S. 328 Anm. 60 Angeführten. L. 1 D. de loco publ. fruendo 43. 9. Ziebarth a. a. O. S. 157, Degenkolb, Platzrecht S. 31, 204.

[31]) S. Degenkolb a. a. O. 7, 11, 13 ff. 21 f. Dernburg, Pd. Bd. 1. §. 258 Geller. Die Miethe in Grünhut's Zeitschr. d. priv. und. öffentl. Rechts 5. S. 331.

[32]) Der Begriff des Forderungsrechts in Grünhuts Zeitschr. 4. S. 459 ff.

„Weil er aber ein bloßes Forderungsrecht hat, so hat er nur das Recht, daß der Vermiether ihn wohnen lasse. In jeder Einwirkungshandlung des Miethers auf die Sache sieht das Recht nicht des Miethers Handlung, sondern eine Handlung des Vermiethers. Der Miether hat als solcher gar nicht den Willen, die Sache zu besitzen, sondern nur den Willen, daß der Vermiether ihn besitzen lasse.“ [33])

„Gleiches bedeutet der Rechtssatz, daß der Pächter eines Feldgrundstücks die Früchte nur durch Tradition erwirbt. Er hat kein Recht, die Früchte der Sache zu ziehen, sondern nur ein Recht, daß der Verpächter die Fruchtziehung ihm gewähre. Jede Fruchtziehungshandlung des Pächters ist juristisch eine Fruchtziehungshandlung des Verpächters; aus dessen Hand nimmt der Pächter durch Besitzübergabe, nicht durch einseitige Besitzergreifung jede einzelne Frucht entgegen.“

„Der Pächter, welcher sich vor Ablauf seiner Pachtperiode dem willkürlichen Expulsionswillen seines Verpächters widersetzt, ist demnach nicht in Vertheidigung, sondern in Ueberschreitung seines Rechts begriffen. Er vollzieht einen Akt verbotener Selbsthilfe, einen Dejektionsakt, er überwindet die Person des Verpächters, um sich, was bisher nicht der Fall war, in ein unmittelbares Verhältniß zur Sache zu setzen.“

Diese national-römischen Anschauungen sind in sich vollkommen folgerichtig, gleichwohl aber — wie Fischer[34]) nicht mit Unrecht be-

---

[33]) Dies wird von Ziebarth a. a. O. S. 45 weiter wie folgt ausgeführt: „Es ist eine unrichtige Vorstellung, wenn man annimmt, der Vermiether habe dem Miether am ersten Tage die Sache auf die Miethsdauer übergeben, habe seinen Vertrag auf einmal ganz erfüllt, und dürfe das rechtmäßig Geschehene nicht ungeschehen machen. Der Vermiether übergiebt nicht die Sache ein für alle Mal dem Miether zu selbständigem Rechte, denn das hieße ein dingliches Recht konstituiren; sondern er gewährt die Sache täglich, stündlich von Neuem. Es liegt nicht ein einmaliger Willensakt vor, sondern eine ununterbrochene Kette von Willensakten, die in jedem Augenblicke abgerissen werden kann und deren Abreißen dem Miether den Boden unter den Füßen so lange wegnimmt, bis er durch Richtersmacht die Kette wieder angeknüpft hat.

[34]) S. a. a. O. S. 337 f.

merkt, — dem heutigen Rechtsbewußtsein so wenig entsprechend, daß sie in den Augen des Laien gradezu als eine Karrikatur der im §. II geschilderten realen Verhältnisse erscheinen. Daraus folgt von selbst, daß die römisch rechtliche Gestalt für den Gesetzgeber der Gegenwart — als antinational und auf die heutigen Zustände nicht anwendbar — außer Betracht bleiben sollte. Damit ist aber die vorliegende Frage noch nicht erledigt, da wir es im Entwurfe nicht mit rein römischem Rechte, sondern mit einer als Modifikation der gemeinrechtlichen locatio conductio auftretenden Gestaltung des Institutes zu thun haben.

---

§. IV. Miethe und Pacht im deutschen und gemeinen Rechte.

Wie vorstehend dargelegt, kennzeichnet sich die römische locatio conductio dadurch, daß die obligatio dem ökonomischen Zwecke des conductor, direkte Sachherrschaft dauernd zu erlangen, möglichst fremd gegenübersteht. Sachenrechtlich ist der conductor rechtlos, blos dienender Stellvertreter fremden Besitzes; obligatorisch hat er keinen Anspruch auf Naturalerfüllung, auf Einsetzung, Besitz und Besitzschutz. Die wirkliche Gewähr des Gebrauchs und der Nutzung ist nur in solutione; in obligatione ist lediglich Geldersatz, als der allein erzwingbare Inhalt der versprochenen Gewährleistung für Nichterfüllung. — Daraus folgt, daß von einem Bruche der locatio conductio durch Eigenthumsveräußerung nicht die Rede sein konnte.

„Kauf bricht Miethe" ist ein echt deutsches Rechtssprichwort,[1]) welches voraussetzt, daß Miethe und Kauf an sich sachenrechtlich kollidiren, und hiervon ausgehend aussagt, daß der frühere Miethsvertrag durch einen späteren Kaufvertrag aufgehoben wird. — Einem römischen Juristen würde dies unverständlich gewesen sein; er würde die Behauptung, daß derartiges im römischen Rechte gegolten, mit Recht als Phantasiegebilde zurückgewiesen haben. Denn die lediglich der Person des locator anhaftenden, in obligatione

---

[1]) Mit Recht ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß der Satz: „Kauf bricht Miethe" im germanischen Rechte keineswegs der Rezeption des römischen Rechts seine Entstehung verdankt. Stobbe, Handb. d. D. R. Bd. 3 S. 259. . Brünneck, Zur Geschichte der Miethe und Pacht in d. Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Germ. Abth. I (1880) S. 141 ff.

befindlichen Geldansprüche werden durch Veräußerung der res locata nicht berührt.

Deshalb konnte auch im römischen Rechte die vorbehaltlose Eigenthumsveräußerung Seitens des locator weder als Vertragsbruch, noch als gegen die bona fides verstoßend betrachtet werden. Die aequitas gegenüber dem conductor besteht hier blos in der Zulassung des Rücktritts und unter Umständen in angemessener Geldentschädigung.

Allein bereits in der italienischen Praxis hat das Institut eine wesentlich veränderte Gestalt angenommen, für welche das Gesagte nicht mehr zutrifft: einmal durch Anerkennung des Anspruchs auf spezifische Erfüllung — statt bloßer Verurtheilung in Geld; sodann dadurch, daß der conductor selbständigen Besitzschutz erlangt.[2])

In Folge dessen kann nicht nur der locator selbst zur Erfüllung angehalten und ihm der Anspruch darauf einredeweise entgegengehalten werden, sondern auch dem Nachfolger gegenüber kann sich im Falle der Veräußerung der conductor unter Umständen im Besitze behaupten. Denn der Nachfolger muß sich, falls er Mangels Uebergabe nomine des Verpächters (mit dessen rei vindicatio) auf Räumung klagt,[3]) auch die Einreden ex persona locatoris entgegensetzen lassen.

Aus demselben Grunde kann auch, so lange der Kontrakt noch

---

[2]) Durch Einräumung der Spolienklage, welche ihm wie jedem anderen detentor auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen den Vermiether sowohl, als gegen Dritte zusteht. Urt. d. Fakultät zu Helmstedt v. 1727 bei Leyser Med. ad Pand. spec. 451 m. 3. Bruns, Besitzklagen S. 226 ff. Dernburg, Pd.II S. 430. Seuff. Arch. 24 Nr. 212 und 25 Nr. 7. R.G.E. 5 S. 164 und die bei Fischer a. a. O. S. 380 Anm. 225 angeführte Literatur.

[3]) Wurde das Eigenthum durch mancipatio oder in jure cessio übertragen, so konnte der Erwerber aus eigenem Rechte auf Räumung klagen. Denn hier ging, wie bei der Deutschen Auflassung oder Investitur, das dingliche Recht ohne Weiteres durch den Vertrag über. Sollte aber der Eigenthumsübergang durch Tradition vermittelt werden, so konnte dies gegen den Willen des im Besitze befindlichen Pächters oder Generalmiethers nicht ausgeführt werden, namentlich weder durch constitutum possessorium, noch durch heimliche Einweisung hinter dem Rücken des conductor. — Literatur über diese Frage ist zusammengestellt bei Fischer a. a. O. S. 325 Anm. 50. — Aus der Praxis Seuff., Arch. 23 Nr. 225, 24 Nr. 210, 30 Nr. 8, 31 Nr. 203, 32 Nr. 103, 39 Nr. 8 und R.G.E. 11 S. 53.

läuft, von einer Austreibung mittelst interdictum de vi nicht mehr die Rede sein.

Dies gilt jedoch nur, falls es sich um einen durch traditio possessionis zu verwirklichenden Eigenthumserwerb handelt, welcher eben deshalb durch den im Naturalbesitze befindlichen Pächter oder Miether des ganzen Grundstücks thatsächlich verhindert werden kann.

Dagegen versagt die Einrede ex contractu gegen den Singularsuccessor, wenn dieser nicht nomine des locator klagt, sondern auf Grund bereits erfolgten Eigenthumserwerbs. Dieser Fall tritt ein, wenn die traditio possessionis stattgefunden hat, sei es unter Mitwirkung des conductor, sei es ohne sein Zuthun in solchen Fällen, wo er als bloßer „Theilinhaber" (§. 816 des Entwurfs; Parzellenpächter, Miether einzelner Wohnungen) die Uebergabe nicht hindern kann.

Ebenso in allen denjenigen Fällen, in welchen das Eigenthum überhaupt ohne Tradition erworben wird, z. B. durch Vermächtniß,[4] durch richterliche Verfügung oder durch die dinglichen Verträge des deutschen Immobiliarrechts (Investitur, Auflassung, traditio juris).[5]

---

[4]) S. l. 120 §. 2 D. de leg. I, 30; l. 32 D. ht. 19. 2. S. auch l. 1 §. 15 de dote praeleg. 33. 4. — Aehnlich, wenn Verpächter einen Nießbrauch bestellt hatte. l. 59 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Fischer a. a. O. S. 326 ff.

[5]) Wie schon erwähnt, bedeutet als deutsches Rechtssprichwort „Kauf bricht Miethe" die Aufhebung des Miethsgedings durch den (dinglichen) Veräußerungsvertrag, auf gemeines Recht angewendet dagegen die Vereitelung der Naturalerfüllung durch den Erwerb des kollidirenden dinglichen Rechts resp. des Eigenthums. Die Verwischung dieses Unterschiedes bei den Glossatoren, Postglossatoren und gemeinrechtlichen Praktikern hat ihren Grund in der aus den spätrömischen und longobardischen Veräußerungsurkunden ersichtlichen Tendenz, durch Bekenntniß der bereits erfolgten Tradition die Uebergabe an Ort und Stelle zu ersparen. Die Uebergabe des Kaufbriefs über Sklaven galt als Uebergabe der Sklaven selbst und begründete a. in rem. c. 1 C. de donat. 8. 53. Ferner wurde es überall Sitte bei Grundstücksveräußerungen, in der Urkunde zu bemerken, daß man das Grundstück hiermit dem Mitkontrahenten überlasse und tradire, und daß derselbe befugt sei, es in Besitz zu nehmen („in rem ire, ingredi, possidere permisimus"). c. 2. C. de a. v. r. poss. 7. 32, c. 12. C. de prob. 4. 19, c. 12 pr. C. de c. e. 4. 38. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden S. 112 ff. und die bei Fischer a. a. O. S. 380 ff. Anm. 228, 232 ff. zusammengestellte Literatur. S. auch Dernburg, Pd. I §. 178 Note 13 und 16 sowie Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in den Festgaben für Gneist (1888) S. 63 ff. Geller in Grünhut's Zeitschr. 5

Bekanntlich hat Ziebarth[6]) ausgeführt, daß das gemeinrechtliche Miethsrecht in Wirklichkeit dingliche Natur habe in Folge der Zulassung der Realexekution — an Stelle der Verurtheilung und Exekution auf Geld —; denn was Inhalt des Rechts sein soll, müsse erzwungen werden können, was erzwungen werde, sei Inhalt des Rechts.

Diese Auffassung hat indessen nicht durchdringen können, nachdem sie von Degenkolb[7]) zutreffend widerlegt worden war durch den Hinweis auf das arbitrium de restituendo bei Vertragsklagen — a locati, redhibitoria, commodati, depositi. — an deren Stelle gemeinrechtlich Verurtheilung zur Naturalerfüllung (Restitution, Tradition, Immission und dergleichen) getreten ist. In der That setzt die Realexekution ein auf Naturalerfüllung lautendes Urtheil voraus; letzteres kann aber ergehen sowohl behufs Realisirung obligatorischer Verpflichtungen als in Anerkennung bestehender dinglicher Rechte.

Dagegen ist nicht zu leugnen, daß die römische Gestaltung der locatio conductio durch die oben bezeichneten Veränderungen der rechtlichen Stellung des conductor eine inkonsequente und unhaltbare geworden war. Die dem römischen Recht eigenthümliche Trennung der obligatio als eines bloßen Gewährsanspruchs von dem Besitzverhältniß ist dadurch aufgehoben. Der auf Herstellung unmittelbarer Sachherrschaft gerichtete Wille ist insofern anerkannt, daß nunmehr als Gegenstand des Versprechens (in obligatione) erscheint — nicht mehr die Gewährleistung durch Geld, sondern — die Erlangung und Aufrechterhaltung des Miethsund Pachtbesitzes selbst, also eines seiner wirthschaftlichen Natur nach dinglichen Verhältnisses.

Damit aber gestaltet sich jede Weigerung oder schuldhafte Unterlassung der Naturalerfüllung, ferner auch jede dieselbe vereitelnde Handlung des locator zu einem gegen die bona fides verstoßenden Vertragsbruche.

S. 371 ff. sucht auszuführen, daß bei Immobilien sich die Uebergabe der Natur der Sache nach als Rechtsübergabe durch Zeichen gestalte.

[6]) Die Realexekution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe; 1866 S. 166 ff.

[7]) Degenkolb, Rezension der Schrift von Ziebarth in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft Bd. 9 (1867) S. 219 ff.

Als Ziel der Rechtsentwickelung erscheint von nun an die praktische Herbeiführung der Wirkungslosigkeit der den Vertragszweck vereitelnden einseitigen Handlungen des locator.

Die rechtliche Form dafür konnte nur entweder in der Auffassung der a. conducti als a. in rem scripta gefunden werden oder in der Auffassung der Einweisung in den Miethes- oder Pachtbesitz als eine auf jeden Besitznachfolger übergehende obligatio rei, beziehentlich als Einräumung eines mit juris (quasi) possessio verbundenen dinglichen Rechts.

Somit war die locatio conductio seit Anerkennung der Pflicht des locator zur Naturalerfüllung mit Besitzschutz für den conductor nach erfolgter Einweisung in den versprochenen Mieths- oder Pachtbesitz schon auf halbem Wege zur Dinglichkeit. Andererseits befand sich, so lange dieses Ziel nicht erreicht wurde, das Institut in einem innerlich widerspruchsvollen Mittelzustande zwischen völliger Anerkennung und Nichtanerkennung des ökonomischen Zweckes der Betheiligten: einerseits Erfüllung und Vertragstreue fordernd, andererseits durch ungenügenden Rechtsschutz zum Vertragsbruch und zur Vereitelung des eigenen Versprechens herausfordernd.

Wenden wir uns nunmehr dem deutschen Rechte zu, so ist darüber kein Zweifel, daß die Gestaltung des Mieths- und Pachtrechts als bloß persönlicher Gewährsanspruch, obligatio ad faciendum im römischen Sinne, dem deutschen Rechte bis zur Rezeption gänzlich fremd gewesen ist.[8])

Im deutschen Rechte ist Alles realistisch und äußerlich; Besitz und Recht zum Besitze gehen in einander über. Das verliehene Besitzrecht ist Recht zum Sachbesitz.

In allen Fällen, wo eine Sache der thätigen Einwirkung eines Anderen unterstellt wird, ist dessen Recht ein dingliches.[9])

Ebenso läßt aber auch die hier nur mit einigen Strichen anzudeutende kulturgeschichtliche Entwickelung des ländlichen und städtischen Privateigenthums von Grund und Boden in Deutschland, die Betheiligung der Nichteigenthümer als dinglich Berechtigter an demselben

---

8) S. Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten, S. 192 ff. Heusler, Institutionen d. D. Pr.R., I. S. 379.

9) S. Heusler a. a. O. I. S. 377 ff., 395; auch ebenda II. S. 177.

als eine innere Nothwendigkeit erscheinen. In dieser Entwickelung sind unschwer drei Perioden mit Einschluß der gegenwärtigen erkennbar:

1. Die Periode des Hofrechts, in welcher die den Boden bearbeitenden und dadurch an denselben gebundenen Personen zugleich persönlich unfrei sind.

2. Die Periode des getheilten Eigenthums: Gebundenheit der Arbeit bei Freiheit der Person.

3. Die Periode des ungetheilten Eigenthums, in welcher auch die Arbeit aus der Unfreiheit erlöst ist und nunmehr das Grundeigenthum der aus der Gebundenheit an dasselbe befreiten Arbeit freier Personen zur Befriedigung ihrer verschiedenartigen Bedürfnisse nach Kräften zu dienen hat.

In der ersten Periode[10]) sind König, Adel und Geistlichkeit, in den Städten Stifter und Klöster, seit dem 12. Jahrhundert auch Ritter und Patrizier, die Grundeigenthümer; die große Masse der Nichteigenthümer ist gebunden durch Hörigkeit, Vogtei und Gerichtsherrschaft. Wer frei ist, besitzt Grundeigenthum (Eigen, allodium, proprietas); wer kein Eigen hat, sondern auf fremdem Grund und Boden sitzt, ist unfrei.

In der zweiten Periode (12.—15. Jahrh.)[11]) handelt es sich um Verwendung des Arbeitskapitals in Grund und Boden, behufs Wertherhöhung und Befruchtung durch Anbau des Landes und Bebauung der städtischen Bauplätze. Solche den Werth des Bodens übersteigende Aufwendungen können nur gegen erbliche Verleihung „auf Bau und Besserung" übernommen werden. Der Obereigenthümer hat sich mit der Zinsgewere und dem Rückfallsrecht, später mit dem Vorkaufsrecht zu begnügen. Die Besserung ist allodial.[12])

---

10) S. Arnold a. a. O. S. 9 ff., S. 31 ff.

11) S. Arnold a. a. O. S. 55 ff., 151 ff., 165 ff., 172 ff. Auch Heusler, Institutionen II. S. 175, 185 f.

12) Die Besserung ist ein auf fremdem Grundeigenthum stattfindender, dadurch in das Gebiet des Sachenrechts fallender Erwerb. Das Recht an der Besserung ruht nicht mehr auf der Leihe, sondern auf dem allgemeinen Grunde des Kapitaleigenthums. Was Jemand durch seine Arbeit oder Kapitalverwendung neu hervorbringt, das gehört ihm. Diese Abweichung von der starren römischen Regel: superficies solo cedit bekundet einen wesentlichen Fortschritt. Ein großer Theil unserer heutigen Kultur ist erst durch ihn möglich geworden. Arnold a. a. O.

Allein wie die Arbeit selbst, so ist auch deren Frucht, das Eigenthum an der Besserung, an Grund und Boden gebunden. Sie ist einerseits mitverhaftet für den Zins, andrerseits nicht frei verfügbar; vielmehr nur zu verwerthen mit und in dem Grundeigenthum, indem entweder der Proprietar die Besserung, oder der Leiher die Proprietät hinzu erwirbt.

In dieser Periode wird die Bewirthschaftung von Stufe zu Stufe intensiver, das Immobiliar-Eigenthum immer mehr mit Kapital und Arbeit befruchtet, damit gewissermaßen durchtränkt und gesättigt. Im Laufe der Jahrhunderte findet eine förmliche Substanzveränderung statt, welche die Ablösung der Rechte des Obereigenthümers zur Folge hat, da er außer Stande ist, die den überwiegenden Werthbestandtheil bildende Besserung zu bezahlen.[13])

Die Erblichkeit führt zugleich zur Veräußerlichkeit. Denn da die Besserung ihrem Werthe nach Eigenthum des Erbleihers, so kann man ihm nicht verwehren, sie durch Veräußerung zu realisiren.

Die dritte Periode[14]) ist die der aus der Gebundenheit an Grund und Boden befreiten Arbeit. Dieser hat der Grund und Boden nunmehr — den gesellschaftlichen Bedürfnissen entsprechend — in seiner durch die Arbeit der Vergangenheit befruchteten Gestalt dienstbar zu sein.

Die zweite Periode hat zur Ablösung des getheilten Eigenthums geführt; durch das Mittel der freien Veräußerlichkeit hat sich die kapitalisirte Arbeit vom Boden befreit und sich dadurch mobiles, zur freien Verfügung stehendes Kapital geschaffen.

Der jetzigen dritten Periode der Ungebundenheit der Arbeit in ihrer Bewegung und in der Wahl ihrer Mittel und Ziele, der Arbeits-

---

S. 172. — Das bei der allgemeinen Verbreitung der Leiheverhältnisse unendlich wichtige Recht der Besserung — wesentlich verschieden von den impensae und der versio in rem — ist es auch, welches die Allodifikation der Lehen ermöglicht hat. Arnold a. a. O. S. 175.

13) Der Gegensatz dieser Periode zur modernen Zeitpacht und Miethe besteht darin, daß sich letztere überwiegend als reine Gebrauchsleihe charakterisiren, bei welcher das Grundstück wesentlich in dem früheren Zustande erhalten werden soll. Diese Institute passen nur für eine Periode, in welcher Bau und Besserung bereits erfolgt und an Stelle der Hausarbeit überwiegend industrielle Arbeit getreten ist. S. Arnold a. a. O. S. 177 f.

14) S. Arnold a. a. O. S. 258, 272, 288 ff.

und Kapitalsfreiheit, entspricht durchaus die Gestaltung der Miethe und Pacht als dingliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht an fremdem Eigenthum.

Wie bereits oben S. 9 dargelegt, erheischt es das eigene Interesse der kleinen Minderheit, in deren Hand sich die Immobilien rechtlich als freies Eigenthum, ökonomisch als Kapitalanlagen oder Kreditbasis befinden, daß dasselbe Grundeigenthum mit seinen kultivirten Naturkräften und seinen Gebäuden sich in den zweckmäßigsten und freiesten Formen der großen Masse der Nichteigenthümer und deren Bedürfnissen dienstbar erweise. Anderenfalls wird für die Gegenwart die Rentabilität des Privateigenthums am Grund und Boden herabgedrückt; für die Zukunft könnte sogar die Existenz des Instituts in Frage gestellt werden.

Somit scheint die Geschichte des Grundeigenthums in Deutschland in Uebereinstimmung mit der Struktur des deutschen Immobiliarsachenrechts mit zwingender Gewalt auf diejenige Gestaltung des Mieths- und Pachtrechts hinzuweisen, welche wir schon in §. II als die der Natur der Sache entsprechende bezeichnet und im Allg. Preußischen Landrecht wieder vorgefunden haben.

Gleichwohl ist das römische Recht in derjenigen Gestalt, welche es durch die sogen. Kommentatoren und durch die deutsche Praxis erhalten hatte, in Deutschland rezipirt worden und hat sich in einigen Territorien erhalten.

Der Grund liegt darin, daß zur Zeit der Rezeption sich innerhalb des deutschen Immobiliarsachenrechts ein Mieths- und Pachtrecht noch nicht fertig herausgebildet hatte, sondern nur erst in unfertigen Anläufen vorhanden war.

Mit anderen Worten: die Rezeption fiel für manche Landestheile noch in den Beginn derjenigen Periode, welche die Institute der Zeitpacht und der Wohnungsmiethe erst hervorrufen und zur Herrschaft bringen sollte.

Das Institut hatte im germanischen Rechte eine gesunde Entwickelung begonnen; dies geschah aber je nach den lokalen Verhältnissen in Stadt und Land sehr ungleich, und die Entwickelung hat vor Allem, weil Zeitpacht und Miethe erst im 16. Jahrhundert in häufigeren Gebrauch kamen, so spät begonnen, daß sie, durch das hereinbrechende fremde Reich gestört und gehemmt,

verkümmern mußte oder sich doch nur durch künstliche, unnatürliche Hilfsmittel retten konnte.

In der so unterbrochenen germanischen Entwickelung des Instituts lassen sich, wenn man von vielfachen lokalen Eigenthümlichkeiten im Einzelnen absieht, noch drei Hauptstufen unterscheiden.

1. Auf der niedrigsten Stufe hat das Mieths- und Pachtrecht noch eine prekäre Natur, darauf beruhend, daß das demselben zu Grunde liegende, Ueberlassung eines abgeleiteten Besitzrechtes bezweckende Gedinge zunächst noch nicht als fest verbindlich, als vollkommen bindender Vertrag angesehen wird. Dies zeigt sich in den mannigfachen Rücktrittsrechten des Vermiethers, z. B. wegen eigenen Bedürfnisses, resp. des Miethers, weil er selbst Hausbesitzer geworden und dgl.

Ein solches Rücktrittsrecht hat nach manchen deutschen und französischen Rechtsquellen der locator auch im Falle freiwilliger Veräußerung,[15]) d. h. er ist berechtigt, den Vertrag einseitig aufzuheben; wie sich z. B. das Hadeler Landrecht (16. Jahrh.) ausdrückt, ist „der Verkäufer, dem Heuerling die Zeit zu halten, nicht schuldig, nachdem Kauf Heuer auftreibt.“

Also nicht etwa der Käufer treibt den conductor aus, weil dessen Anspruch an der Person des Verkäufers als seines Mitkontrahenten haftet, sondern der locator wird durch die Veräußerung von jeder ferneren Verpflichtung frei. Der Vertrag wird, wie bei anderen Rücktrittsrechten, überhaupt beseitigt.[16])

2. Auf einer Mittelstufe zeigt sich das Institut in anderen Quellen.[17]) Hier hat der locator selbst kein Rücktrittsrecht. Aber der Käufer kann den conductor austreiben gegen Ersatz gewisser Aufwendungen; weil die Dispositionsbeschränkung, welcher sich der locator durch die Vermiethung oder Verpachtung unterworfen hat, zwar ihn selbst bindet, so lange er die Sache eigenthümlich

---

[15]) v. Brünneck a. a. O. S. 172, namentlich die daselbst Note 95, 96 mitgetheilten interessanten Urkunden.

[16]) Der Pächter hat allerdings nach einigen Quellen Ersatz des Düngers (Gare, Garde) zu beanspruchen, dessen Nutzung ihm durch die Austreibung entzogen wird. Aber nicht ex contractu, sondern an Stelle des aus der Bestellung entstandenen dinglichen Nutzungsanspruchs. v. Brünneck a. a. O. S. 174.

[17]) v. Brünneck a. a. O. S. 175 ff.

besitzt, aber mit der Veräußerung ihre Wirkung verliert. Der locator gilt also zwar als durch das Gedinge während seiner Besitzzeit gebunden, aber er wird durch dasselbe nicht gehindert, über das Eigenthum frei zu verfügen, ohne Rücksicht auf bestehende ältere Mieths- oder Pachtrechte.

Die Disposition des locator wird hinfällig durch den Veräußerungsvertrag, nicht durch den Eigenthumserwerb seitens des Singularsuccessors.

3. Die höchste Stufe der Entwickelung von den prekären, mehr oder weniger willkürlich zu lösenden Verhältnissen zu einem fest verbindlichen Vertragsrechte stellen diejenigen Landrechte dar, welche dem Satz „Kauf bricht nicht Miethe" folgen. Nach diesem wird durch den Vertragsabschluß die Dispositionsbefugniß des locator derartig beschränkt, daß er nur noch unbeschadet der Gebrauchs- und Nutzungsrechte des conductor verfügen kann. Diese Einschränkung des Verfügungsrechts hat der neue Erwerber als dingliche Belastung während der Vertragsdauer anzuerkennen. Res transit cum onere.[18])

Diese Ungleichmäßigkeit der Rechtsentwickelung in den verschiedenen Städten und Landschaften spiegeln naturgemäß auch wieder die in den Rechtssprüchwörtern niedergelegten Anschauungen. Auch hier stehen sich entgegengesetzte Auffassungen anscheinend unvermittelt gegenüber.[19])

Auf der einen Seite soll unter mehreren Gedingen das letzte den Vorzug haben. „Das letzte Wort gilt"; — und im Anschlusse daran: „Kauf thut die Miethe ab", „Kauf treibt die Miethe ab", „Kauf geht vor Gewinn", „Kauf geht vor Heuer",

---

[18]) Vergl. hierzu c. l. §. 1. C. comm. de manumiss. 7. 15 (Ulp. frag. I 19). — Uebrigens meint v. Brünneck a. a. O. S. 179 ff.: Der Gedanke, daß durch den Vertrag begründete Forderungsrechte aktiv und passiv auf den Nachfolger übergehen, sei dem älteren deutschen und gemeinen Rechte ursprünglich fremd gewesen. Der Anspruch des Nachfolgers auf den Zins als Aequivalent habe eher den Charakter einer Bedingung gehabt, von der der Fortbestand abhing, weil die Einschränkung gegenüber dem Successor nicht größer sein darf, als gegenüber dem locator.

[19]) S. hierzu Eisenhart, Grunds. d. Deutsch. Rechts in Sprichwörtern (1823) S. 390 ff. Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter (2. Ausgabe 1869) S. 280 ff. und Quellenangaben daselbst Note 311 bis 319 resp. Note 320 bis 329.

„Kauf bricht Miethe“, „Freikauf treibt Landmiethe ab“, „Kauf treibt die Kuh aus ihrer Miethe“.

Andererseits soll dagegen der erste Verzicht vorgehen: „Der behält, der früher zugriff“; dem entsprechend: „hebt Kauf Miethe nicht auf“, „Kauf bricht Miethe nicht“, „Miethe ist fester als Kauf“, „Gewinn geht vor Kauf“, „Leihe geht vor Eigen“, „Miethe geht vor sich“, „Miethe bricht Kauf“.

Für die erste Auffassung wird angeführt, daß nichts den Rechtsnachfolger verbinde, das Treuverhältniß seines Vorgängers fortzusetzen und etwas zu gewähren, was er nicht verhieß; für die letztere, daß Niemand auf den Anderen mehr Rechte übertragen könne, als er selbst hat, die durch Bestandverträge belastete Sache nur mit dieser Belastung weiter veräußert werden kann.[20])

In diese noch unfertige und ungleiche Entwickelung der deutschen Zeitpacht und Miethe hat nun das eindringende römische Recht insofern eingegriffen, als es zwei Sätze aufstellte: einerseits die feste Verbindlichkeit des Vertrages als obligatio faciendi, andererseits Rechtlosigkeit gegenüber dem Besitznachfolger, unbeschadet der Geldansprüche gegen den locator.

Da indessen diese Rechtsordnung weder den deutschen Rechtsbegriffen, noch dem nationalen Rechtsgefühl entsprach, so entstanden Kämpfe,[21]) bei welchen die formelle Geltung der römischen und kanonischen Rechtsquellen als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, jede Partei aber dieselben in ihrem Sinne zu deuten suchte. Uebrigens wurde auch die Natur der Sache für die entgegengesetzten Ansichten ins Feld geführt.

Den äußeren Anknüpfungspunkt des Streites gab die sogen. lex „Emptorem“, c. 9 C. de loc. et cond. 4. 65, ein Reskript des Kaisers Alexander a. 234, welches lautet:

---

[20]) „Wenn das Wort des Mannes Ehre ist und feststeht wie dieses, so kann unleugbar durch Verträge der einen Vertragspartei mit Dritten an den bereits erworbenen Rechten der andern nichts geändert werden. Wie unter den gleichen Parteien der jüngste Vertrag entscheidet, so unter verschiedenen der älteste; denn wer zuerst zur Brücke kommt, fährt zuerst über, und wer zuerst kommt, mahlt zuerst.“ Graf und Dietherr a. a. O. S. 281.

[21]) Dernburg, Pand. I S. 36 sagt von dem Zustand in Deutschland nach der Rezeption: das Privatrecht sei unter den Streitigkeiten der Doktoren „mehr als Kampfplatz erschienen, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse“. Dies trifft vollkommen zu bei der locatio conductio.

„Emptorem quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit; verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei judicio ei quod placuit parere cogitur.[22])

Dies Reskript bezog sich im Sinne seines Verfassers und des Justinianischen Rechtes wohl nur auf den Regreßanspruch des Pächters gegen den Verpächter und den dem letzteren daraus erwachsenden Ersatzanspruch gegen den Abkäufer, welcher sich ihm gegenüber zum Eintritt in den Pachtvertrag besonders verpflichtet hatte. Zweifelhaft war, ob das zu Gunsten des Pächters getroffene pactum die actio venditi (Regreßklage) des Verkäufers gegen den Käufer nur dann begründe, wenn es in continenti adjectum oder auch dann, wenn es erst nachträglich hinzugefügt sei.

Der Kaiser entscheidet: Die Abrede soll auch im letzteren Fall ex fide bona als klagbarer Vertragsinhalt gelten.[23])

Hermann Zoll aber suchte zuerst in einer Streitschrift vom Jahre 1687 und sodann wiederholt auf Gegenschriften des Marburger Rechtslehrers Otto Phil. Zaunschliffer auszuführen, daß der Satz „Kauf bricht Miethe" nicht nur höchst unbillig, sondern auch rechtlich unbegründet sei. Denn das Naturrecht stimme mit dem römischen, kanonischen und deutschen Rechte überein, daß man sein Wort halten müsse und kein Kontrahent den anderen hintergehen dürfe. Auch darin stimmten sie alle überein, daß Niemand mehr Rechte haben könne als sein Auktor. Die c. 9 C. 4. 65 rede nur vom Pächter, nicht vom Miether, die übrigen in Betracht kommenden römischen Quellenstellen aber sprächen nur von prohibere oder repellere — nicht von expellere — setzten also voraus, daß der Käufer, nicht aber der Miether schon im Besitze sei.[24])

---

[22]) Ueber die verschiedenen Lesarten s. Fischer a. a. O. S. 321 Anm. 40.

[23]) So Ziebarth a. a. O. S. 150 f. Nach anderer Auslegung handelt das Rescript zuerst von der Abrede zwischen Käufer und Verkäufer („nisi ea lege emit"), diese macht ersteren dem letzteren regreßpflichtig. Davon wird unterschieden die Neuvermiethung durch Uebereinkommen zwischen Käufer und Miether („verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat"), welche nothwendig ist, um ein Vertragsverhältniß zwischen diesen beiden zu begründen. So Brinz, Pand. II §. 331 Anm. 4. S. auch Windscheid Pand. II §. 400 Anm. 7 und die daselbst angeführte Literatur.

[24]) Hermann Zoll, Disput. ad L. 9 C. de loc et cond. 1687; ferner

Glück, welcher die hierher gehörigen Streitschriften in großer Zahl aufführt,[25]) erklärt sich seinerseits für den Satz „Kauf bricht Miethe" (im römischen Sinne) als der Rechtsanalogie entsprechend, unter Berufung auf den unsterblichen Kant, welcher nachgewiesen habe, daß der Satz auch dem Naturrechte nicht widerspreche.[26])

Habe übrigens der locator dem Erwerber bei der Veräußerung die Fortsetzung des Vertrages zur Pflicht gemacht, so könne der conductor dem locator litem denunziren, oder dem Successor selbst utiliter die exceptio pacti conventi entgegensetzen, denn hier habe der Successor die Vertragsverbindlichkeit seines Auktors übernommen (arg. L. 25 §. 1 D. ht. und Lauterbach, Coll. theor. pract. ad Pand. ht. § 65).[27])

Hier kommt also das Gefühl zum Durchbruch, daß das fremde Recht dem Bedürfnisse nicht genügt, das Rechtsgefühl beleidigt, mit Treu und Glauben in direkten Widerspruch tritt. Dem soll einigermaßen abgeholfen werden. Derartige Differenzen zwischen dem Leben und dem geschriebenen Rechte sind es, welche die vielbeklagte Trennung von Theorie und Praxis herbeiführen. Erstere geht mit Berufung auf die Rechtskonsequenz über die Noth des Lebens wissenschaftlich zur Tagesordnung über. Die Praxis dagegen sieht sich den Lebensbedürfnissen unmittelbar gegenübergestellt und zur Abhülfe, so gut es eben geht, genöthigt. Fällt dabei die Begründung fragwürdig

---

Defensio sententiae novae „Kauf hebt Miethe nicht auf" 1690 und Commentat. ad l. 9 C. de loc. et cond. qua communis sententia et huic enata vulgaris paroemia. „Kauf geht vor Miethe" denuo et fusius refellitur 1704, vermehrt und verbessert Jena 1735.

[25]) Glück, Komment. 18 S. 15 ff. Note 22 ff. Hinzuzufügen ist Krull, Prüfung einzelner Theile der Rechtsgelehrsamkeit. Landshut 1804, 4 Bändchen über die Parömie „Kauf bricht Miethe".

[26]) Glück, Komment. Bd. 18 S. 11 ff. Als beste und ausführlichste Widerlegung der Ansicht Zoll's wird daselbst S. 8 Note 27 zitirt: Ludewig, diss. de emtore non stante locationi antecessoris. Göttingen 1762. — Die Ausführung Kants in den Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, Königsberg 1798, ging dahin: der Miether wisse und müsse wissen, daß das ihm gegebene Versprechen an die stillschweigende Bedingung geknüpft sei, „wofern ich nicht verkaufe." Danach hätte also der Miether auch keine Entschädigung zu beanspruchen; was dem älteren Deutschen, meist aber dem römischen Rechte entspricht. S. Geller in Grünhut's Zeitschr. 5 S. 314 Anm. 1 und vergl. Fischer a. a. O. S.332.

[27]) Glück a. a. O. S. 20, Note 36. S. auch v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik. 3. Aufl. III S. 362.

aus, so liegt die Schuld nicht sowohl an der Unwissenschaftlichkeit der Praxis, als vielmehr an der Unlösbarkeit der ihr gestellten Aufgabe.[28])

Unlösbar namentlich angesichts der Zumuthung, das rein römische (Justinianische) Recht im Sinne der „historischen" Schule als in complexu rezipirt gelten zu lassen und durch dessen Anwendung der Gegenwart genügen zu sollen.[29])

Von diesem Standpunkte aus kann man freilich nur zu dem allerungünstigsten Resultate gelangen, nämlich zur Aufrechterhaltung der römischen Rechtsordnung, nach welcher sich im Veräußerungsfall das pactum: „ut apud emptorem quoque eadem pactione frui oder habitare liceat" in einen doppelten Entschädigungsanspruch auflöst; weil sich eine allgemeine deutsche Praxis für das Recht des Pächters aus dem Vertrage des Verpächters — also Beseitigung des rein römischen Rechts durch ein

[28]) Ein sprechendes Beispiel ist die Begründung des Satzes, das der conductor ohne Weiteres das Kontraktrecht des locator aus dessen Nebenvertrage mit dem Käufer für sich geltend machen könne, soweit derselbe — meist im Widerspruch mit der unteren Instanz — von Norddeutschen Obergerichten anerkannt ist. Das Urtheil des O.-A.-G. Rostock v. 23. Sept. 1861 (Buchka u. Budde, Entsch. 5 S. 269 ff.) leitet dies Recht des conductor aus fingirter Cession her, das Appell.-Ger. Celle in den Urtheilen vom 23. Mai 1868 und 1. Mai 1877 (Seufferts Arch. 25 Nr. 102 u. 32 Nr. 318) aus der Spezialbestimmung c. 9. C. de loc. et cond. 4. 65. Dagegen läßt dasselbe Gericht in einem Urtheile vom 2. Okt. 1872 (Seufferts Arch. 28 Nr. 22) es ausdrücklich dahingestellt sein, ob solche Begründung zutreffe, hält dagegen die Entscheidung für unbedenklich aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio des Verpächters für den Pächter. Auf Verbindung der Gesichtspunkte der neg. gestio mit der cessio necessaria beruht auch das analoge Urtheil der Fakultät Würzburg v. 1845 bei Busch, Verträge zu Gunsten Dritter im Arch. für civil. Praxis 43. Beil.-Heft S. 112 f.

[29]) Hierzu s. Kloeppel, Staat und Gesellschaft. S. 213, 219 f., 222 f. In früheren Jahrhunderten erzeugte, wie Dernburg, Pand. I §. 4 Anm. 8 mit Recht hervorhebt, das Rezeptionsdogma deshalb keinen Nothstand, weil thatsächlich das herkömmliche, dem praktischen Bedürfnisse entsprechende Recht angewendet wurde unter Anführung von römischen Quellenstellen zur Kolorirung, sie mochten passen oder nicht. Das gegenwärtige Jahrhundert darf, nachdem es diese Methode verpönt hat, nicht verkennen, daß das rein römische Recht als solches keine Geltung hat. — Ist die Rezeption gewohnheitsrechtlich erfolgt, und ergiebt sich ihr Umfang aus der Gewohnheit, so dürfte die Rezeption in complexu schon dadurch ausgeschlossen sein, daß Gegenstand des Gewohnheitsrechts wohl einzelne Rechtssätze und Institute sein können, nicht aber ein Rechtssystem oder eine Kodifikation im Ganzen.

entgegengesetztes Gewohnheitsrecht — nicht nachweisen lasse.[30])

Baehr hat zwar im Jahre 1863 erklärt,[31]) obige Lehre sei zu ungesund, als daß sie einmal überwunden, wieder zurückkehren könne, Unger[32]) erklärt die Meinung, daß der Beständer aus dem pactum des Bestandgebers eine exceptio habe, für die herrschende, und Ihering[33]) führt die c. 9 C. 4. 65 geradezu auf als Beispiel eines Vertrages, welcher eine auf jeden Besitznachfolger übergehende Gebundenheit der Sache bewirkt.

Wo aber die auf Wiederherstellung des rein römischen Rechts gerichtete Tendenz vorherrscht, da wird in Theorie und Praxis dem conductor das Recht abgesprochen, sich auf die zwischen dem locator und dessen Mitkontrahenten getroffene Abrede zu berufen.[34])

Vielfache Zweifel mußten aber auch nach anderer Richtung dadurch entstehen, daß das deutsche Rechtssprichwort „Kauf bricht Miethe", wie oben erwähnt, in dem Sinne gilt, daß das Gedinge im Falle der Veräußerung seine Wirkung überhaupt verliert, also auch keinen Entschädigungsanspruch erzeugt; — wogegen jenes Sprich-

---

30) Busch, Verträge zu Gunsten Dritter im Arch. für civil. Praxis, Bd. 43, Beil.-Heft S. 66 ff. Brinz, Pand. II S. 760 Anm. 44. Windscheid, Pand. II §. 400 Anm. 7.

31) Verträge zu Gunsten Dritter in Ihering, Jahrb. für Dogmatik 6 S. 131 ff.

32) Die Verträge zu Gunsten Dritter in Iherings Jahrb. Bd. 10 (1871) S. 21 Note 25. Nach heutigem Rechte werde im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des Bestandnehmers durch einen solchen Vertrag eine wahre Succession in das ganze Bestandverhältniß nach Analogie des Erbganges bewirkt, sodaß der Veräußerer aus dem Verhältnisse austritt und der Erwerber an dessen Stelle tritt.

33) Ihering, Passive Wirkungen der Rechte in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 10 S. 568 Note 19.

34) So die feste Praxis in Württemberg bis heute. Ein indirektes Zeugniß ist der in Kübel u. Sarwey, Württemberg. Archiv 15, S. 119 f. mitgetheilte Entschädigungsprozeß des vorzeitig aus den gemietheten Lokalitäten vom Käufer exmittirten Miethers. Die den Vermiether zum Schadenersatz verurtheilende Entscheidung des Obertribunals Stuttgart vom 26. April 1872 setzt auf Grund feststehender Praxis als selbstverständlich voraus, daß aus der Abrede zwischen Vermiether und Käufer kein Einwand gegen die Austreibung hergeleitet werden konnte. (Vergl. auch „Sarweys Monatsschrift" 13 S. 87 ff.) — In andern gemeinrechtlichen Gebieten liegen anscheinend (s. oben Anm. 28) die Obergerichte im Kampfe sowohl mit den unteren Instanzen, als mit dem reinen römischen Rechte.

wort auf das römische Recht nicht paßt, außer in dem rein äußerlichen, thatsächlichen Sinne, daß die Naturalerfüllung durch den Mangel des dinglichen Rechts im Veräußerungsfalle vereitelt werden kann.

Auf diese Vieldeutigkeit des gedachten Rechtsprichwortes sind die Streitigkeiten darüber zurückzuführen, welches Rechtsmittel dem Besitznachfolger das locator gegen den Pächter oder Miether zustehe, falls derselbe nicht freiwillig abziehen will? ob andrerseits im Veräußerungsfalle der conductor einseitig gegen den Willen des Besitznachfolgers zurücktreten könne?[35])

Die deutschrechtliche Auffassung der Aufhebung des Gedinges durch den Veräußerungsvertrag führte dahin, dem Besitznachfolger als Exmissionsklage neben der rei vindicatio oder actio Publiciana noch eine condictio (possessionis) einzuräumen als condictio ex lege, (scil. c. 9. C. 4. 65) oder sine causa;[36]) andererseits den conductor im Veräußerungsfalle für an den Vertrag nicht mehr gebunden zu erklären, wie er ja nach deutschem Rechte auch seinerseits keine Entschädigung zu beanspruchen hatte?[37])

Abgesehen aber von dieser letzten Streitfrage haben in der gemeinrechtlichen Praxis neben der Tendenz, rein römisches Recht zur Geltung zu bringen, andere dem römischen Rechte ganz fremde Umstände mit dazu beigetragen, die Rechtslage der Miether und Pächter vollends nachtheilig und den sozialen Bedürfnissen gegenüber unbefriedigend zu gestalten. In dieser Beziehung ist die territoriale Einführung des Grundbuchrechts hervorzuheben, nach welchem Eigen=

---

35) Darüber sehr gründlich Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen (Hamburg 1838) II Nr. 10.: Von der Cession eines Pachtvertrages, besonders wenn Verpächter in Konkurs geräth. S. 293 ff.

36) Glück, Kommentar Bd. 18 S. 25 und die dort Citirten.

37) Einerseits wurde (arg. L. 32 D. 19. 2) geltend gemacht, der neue Eigenthümer könne den conductor nicht zur Fortsetzung des Kontrakts zwingen, da er mit demselben in keinem Kontraktverhältniß stehe; andrerseits wurde aber fast allgemein, auch von Glück, angenommen, der neue Eigenthümer könne dadurch, daß er sich die Rechte des locator cediren lasse, den Pächter festhalten. Denn indem das römische Recht dem Verkäufer den Rath gebe, sich vom Käufer die Fortsetzung des Vertrages versprechen zu lassen, habe es die Wirksamkeit eines solchen Vertrages nirgend von einer Einwilligung des Pächters abhängig gemacht (L. 25 §. 1 D. 19. 2, L. 9 C. ht. L. 53 pr. D. de a. e. v. 19. 1 l. 58 pr. D. ht.). Folglich bedürfe es dieser Einwilligung nicht. Glück a. a. O. S. 26 f.

thum bei freiwilliger Veräußerung unter Lebenden durch Auflassung und Eintragung ohne Tradition erworben wird.

Es ist aber auch mit Recht hervorgehoben worden, daß die Römer „bei Schadensfestsetzungen keinen Spaß verstanden", wogegen bei solchen die Gerichte in Deutschland bis in die neueste Zeit im höchsten Grade zurückhaltend und schwerfällig sich gezeigt hatten, und auch noch jetzt den zur Abhilfe des „Nothstandes des Schädenprozesses" bestimmten §. 260 der Civilprozeßordnung nicht überall sachgemäß handhaben.

Dies fällt aber umsomehr ins Gewicht, als die zu vergütenden Nachtheile in sehr großem Umfange streng genommen unschätzbar sind.[38])

Dem Grundfehler der Auffassung der locatio conductio als obligatio faciendi läßt sich allerdings auch durch die liberalsten Grundsätze bei der Schadensabschätzung nicht abhelfen.

Er besteht in der Nichtachtung sozialer, sittlicher und gemüthlicher Interessen, in der Nichtanerkennung des Willens, am ausgewählten Orte ein dauerndes Domizil zu gründen, in der Negation der Privatautonomie, soweit sie darauf gerichtet ist, sich Besitz-, Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremden Grundstücken zu den oben S. 9 hervorgehobenen Zwecken dauernd zu sichern.

Das Gefühl der Seßhaftigkeit kann nicht aufkommen. Das Nomadenthum wird grundsätzlich befördert.[39])

---

38) Geschäftsleute werden aus ihrer Kundschaft vertrieben, Pächter können erst nach Jahren eine passende Pachtung wiederfinden, Gelehrte werden in ihren Arbeiten unterbrochen, Kranke müssen die mit Mühe aufgesuchte ruhige und gesunde Wohnung wieder räumen, nachdem sie eben eingezogen. S. Eck a. a. O. S. 243. Von anderer Seite werden hervorgehoben: die Unannehmlichkeiten und Beschwerden des Umzuges, die Gemüthlichkeit und Behaglichkeit der bewohnten Räume, die Anhänglichkeit an die Wohnung, welche der Familie Freud und Leid gesehen hat. S. namentlich Friedlieb, über die Dinglichkeitsstiftung des Mieths- und Pachtrechts in der Zeitschr. für Civilrecht in Preußen 19 S. 434 f. und Fischer a. a. O. S. 327, 430 ff.

39) Von mir bereits hervorgehoben in den Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages III S. 58, demnächst auch von Brunner in der Plenarberathung III S. 301.

§. V. System des Entwurfs.

Die systemathischen Gesichtspunkte des Entwurfs sind, soweit sie hier interessiren, folgende:

Maßgebend für das Verhältniß der gesetzgebenden Gewalt des Staates zur Selbstbestimmung des Einzelnen (Privatautonomie, Mot. I 10, 126) ist die innere Verschiedenheit des Rechtsstoffes.

„Das Gebiet der Schuldverhältnisse ist der Selbstbestimmung im weiteren Umfange freigegeben, als das Gebiet des Sachenrechts.“

„Die absolute Natur der auf die Dauer berechneten dinglichen Rechte legt dem Gesetzgeber die Einwirkung näher, als die relative Natur der der Erledigung zustrebenden Forderungsrechte.“ (Mot. I 22.)[1])

Aufgabe des Sachenrechts ist es, die dinglichen Rechte (Beziehungen der Person zur Sache) zu ordnen, welche die Sachen entweder als Eigenthum oder als begrenztes Recht ergreifen und regelmäßig[2]) absolute Wirkung haben.

Da nun die dinglichen Rechte einen nicht zu verkennenden Gegensatz bilden zu den persönlichen Rechten, so muß das Sachenrecht — „um seine Selbständigkeit zu wahren“ — die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem eigenen Gebiete liegen.

Der das Obligationenrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit hat keine Geltung für das Sachenrecht. (Mot. III 2 f., 77.)

Diese spezifisch sachenrechtlichen Gesichtspunkte sind folgende:

1. Die Zahl der dinglichen Rechte ist eine geschlossene. Die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Das Miethş- und Pachtrecht gehört nicht zu diesen Rechten. (Mot. III 3, 77.)

---

[1]) Aehnlich — wird hinzugefügt — verhalte es sich auf dem Gebiete des Familienrechts. Auch hier habe der Gemeinwille häufigere und dringendere Veranlassung, sich mit besonderer Energie zu bethätigen, weil die reinen Familienrechte „vorwiegend nur die Kehrseite von Pflichten, welche, in der Sphäre der Sittlichkeit wurzelnd, zu Rechtspflichten erhoben sind“.

[2]) „Soll dem dinglichen Rechte die absolute Wirkung versagt sein, so muß das Gesetz es besonders bestimmen.“ Dabei wird hervorgehoben, daß die Begriffe der Dinglichkeit und Absolutheit sich auch insofern nicht decken, als es eine Reihe persönlicher Rechte giebt, welche absolute Wirkung haben. Mot. III S. 2.

2. Auch die Rechtsstellung des Besitzers können Miether und Pächter nicht erlangen, denn es giebt überhaupt keinen Rechtsbesitz. Es giebt auch weder unvollständigen Sachbesitz noch juris quasi-possessio, sondern nur Besitz schlechtweg, d. h. Eigenthumsbesitz an körperlichen Gegenständen. §§. 778, 797, Mot. III 2, 25, 78 f.

3. Der Besitz ist u. A. auch Voraussetzung der Uebergabe (traditio) als des „konsensualen Besitzwechsels." Setzt aber der locator den conductor in Mieths- oder Pachtbesitz, so ist diese seine Vertragsleistung keine Uebergabe, nicht einmal juris quasi-traditio, weil es ja neben dem Eigenthumsbesitz andere Besitzarten überhaupt nicht giebt. §. 803, Mot. III 78 f., 90.

Auf dieser Grundlage kann ersichtlich der Inhalt des Willens der Mieths- und Pachtkontrahenten nicht voll zur Geltung kommen. Denn soweit er darauf gerichtet ist, den conductor in ein direktes Rechtsverhältniß zu dem Grundstücke zu setzen oder ihm wenigstens die Rechtsposition des Besitzers zu verschaffen, zeigt sich die Disposition — gegenüber der Nichtanerkennung seitens des Gesetzgebers — als wirkungslos. Sie prallt ab an der Grenze des ihr unzugänglichen, selbständigen Sachenrechts. Die Sachen, namentlich die Grundstücke, sind insoweit für Pächter und Miether extra commercium, außer Verkehr gesetzt.

Zwar würden die Kontrahenten den sonstigen sachenrechtlichen Prinzipien des Entwurfes — z. B. dem „Konsens-, Formalitäts- und Publizitätsprinzip", Mot. II 3, III 7, 136 — zu genügen, sehr wohl im Stande sein, z. B. durch Uebergabe auf Grund schriftlichen oder notariellen Vertrages. Diese Möglichkeit kommt aber überhaupt nicht in Frage, weil die eigentlich beabsichtigte Leistung, nämlich die Garantie ungestörten Mieths- resp. Pachtbesitzes bis zum Ablaufe der Kontraktszeit, rechtlich unmöglich ist.[3]) Nach

---

[3]) Es ist also nicht der Wille der Betheiligten maßgebend für die zu erwerbende Rechtsposition, sondern der Wille des Gesetzgebers, welcher vermittelst des von ihm aufgestellten Systems der Selbstbestimmung den Riegel des „Nichtwollendürfens" (Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 37 Anm. 3) vorschiebt und der Selbstbestimmung einen anderen Willensinhalt unterschiebt. — Verstehen wir mit Dernburg, Pand. Bd. 1 §. 39 das Recht im subjektiven Sinne als „den dem Einzelnen nach der Rechtsordnung zustehenden Antheil an den Lebensgütern", so sehen wir hier einen Eingriff des Gesetzgebers geplant, kraft dessen der großen Masse der Mitlebenden ihr Antheil an den Lebensgütern zu Gunsten einer kleinen Minderheit beschnitten wird. — S. oben S. 4 f., 8 ff.

§§. 105, 108 des Entwurfs folgt hieraus streng genommen die Nichtigkeit des Geschäfts.

Dieser Konsequenz entgeht der Entwurf indessen durch die Annahme, daß die Kontrahenten, — nothgedrungen verzichtend auf die Erreichung ihres eigentlichen Zweckes, — sich mit einer unvollkommenen, nur obligatorischen Wirkung begnügen (§. 114), nämlich mit der persönlichen Verpflichtung des locator, den Gebrauch resp. Fruchtgenuß des Gegenstandes event. statt dessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren. §§. 503, 506, 531 f.

Mit dieser unvollkommenen Wirkung der Privatdisposition können sich — nach Auffassung des Entwurfs — die Betheiligten um so eher zufrieden geben, als die an sich prekäre Stellung des conductor für den Fall des Eigenthumswechsels oder sonstiger Vereitelung seines Rechts durch Rechtsnachfolger des locator indirekt durch einige Auskunftsmittel aufgebessert wird, nämlich:

1. durch die in §. 509 aus Billigkeit zugestandenen Kündigungsfristen;
2. durch die unmittelbare Berechtigung des conductor aus dem Versprechen des Rechtsnachfolgers nach §§. 512, 412 — falls ihm nämlich der Wille der Vertragschließenden diese direkte Berechtigung zuwenden will;[4]) endlich:
3. durch die persönliche Verpflichtung des locator, insofern dieselbe regelmäßig dahin führt, dem conductor die gegen verbotene Eigenmacht geschützte Rechtsstellung als Inhaber oder Theilinhaber zu verschaffen. (§§. 797, 812, 814 ff.)[5])

So sind, wie sich im Vorstehenden gezeigt hat, der Verfasser des Entwurfs — ausgehend von der Grundlage des selbständigen Sachenrechts — dahin gedrängt worden, auf Kosten der Selbstbestim-

---

[4]) Der §. 512 ist in den Mot. II S. 391 f. als Abschwächung des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" bezeichnet und dazu bemerkt, eine derartige Unterstellung des Versprechens der Leistung an den Miether als Dritten sei, als die einfachste, den Intentionen der Parteien am meisten entsprechende Konstruktion zu erachten.

[5]) Als Inhaber, bezüglich als Theilinhaber abgesonderter Wohnungs- oder Wirthschaftsräume (§. 816) ist der Miether wenigstens gegen verbotene Eigenmacht gleich jedem anderen Inhaber geschützt, §§. 822 ff. Weiteren Schutz hat er Mangels Besitzes nicht zu beanspruchen.

mung im Wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechts, beziehlich der gemeinrechtlichen Praxis zu adoptiren. —

Die Richtigkeit dieser Darstellung bestätigt sich, wenn wir, den entgegengesetzten Weg einschlagend, uns von der obligatorischen Seite aus nach der Grenze des Sachenrechts hin bewegen.

Dabei ist vorweg zu bemerken, daß die Lehre vom Miethsvertrage (§§. 503—530) die dem Mieths- und Pachtvertrage gemeinsamen Bestimmungen mit umfaßt.

Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der ganzen Miethszeit zu gewähren; darin liegt die Verpflichtung, die vermiethete Sache nicht nur zu übergeben und in zum vertragsmäßigen Gebrauche geeignetem Zustande zu überlassen, sondern sie in diesem Zustande auch während der ganzen Miethszeit zu erhalten (§§. 503 f., Mot. II, S. 369 f.).

Folglich darf „der Vermiether den Miether in dem vertragsmäßigen Gebrauche der Sache nicht stören, überhaupt keine Handlungen, insbesondere keine Aenderungen an der Sache vornehmen, durch welche deren vertragsmäßiger Gebrauch für den Miether ausgeschlossen oder geschmälert wird". (Mot. II S. 370.)

Der Miether hat also Anspruch auf spezifische Erfüllung, daneben außerdem noch den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. (Mot. II, S. 377.)

Es wird ein Garantieversprechen des Vermiethers unterstellt, nach welchem er für beim Vertragsabschlusse vorhandene Mängel schlechthin haftet, für spätere ebenfalls dann, wenn sie durch einen von ihm zu vertretenden Umstand eintreten. (§§. 505, 506, Mot. II, S. 373 ff.).

Dies findet entsprechende Anwendung auch dann, wenn dem Miether durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Theil entzogen wird (§. 508). Es folgt dies ohne Weiteres aus dem allgemeinen Grundsatze, daß der Vermiether den vertragsmäßigen Gebrauch für die ganze Miethszeit garantirt. (Mot. II S. 378 ff.)

Anscheinend folgt nun aus dieser Natur des Schuldverhältnisses weiter, daß die vermiethete Sache während der Kontraktsdauer entweder garnicht oder nur im Rechtszustande des

Vermiethetseins (cum onere) veräußert werden kann. Man darf dagegen auch nicht einwenden, daß die Garantie und der Miethsbesitz den Erwerber nichts angehen, denn wenn auch der Zustand des Vermiethetseins offenkundig, so seien es doch nicht dessen Dauer und spezielle Bedingungen.

Dem steht nämlich entgegen, daß die grobe Fahrlässigkeit als Verschulden dem dolus gleichsteht; folglich der Erwerber, wenn er Kenntnißnahme von den Miethsbedingungen unterläßt, daraus als particeps fraudis beziehentlich wegen culpa lata keine Rechte herleiten darf.

Allein bei diesem Punkte wird nun durch den oben entwickelten absoluten, zwingenden Charakter des Sachenrechts die Selbstbestimmung der Kontrahenten zurückgedrängt.

Die sich aus dieser Zurückdrängung ergebenden §§. 509—512 werden von den Motiven (II S. 385 f.) charakterisirt als ein „Mittelweg, welcher dem Interesse des Grundbuchsystems und des Miethers in gleicher Weise gerecht wird"; und es wird zu ihrer Erläuterung und Rechtfertigung Folgendes bemerkt:

Der Erwerber solle von dem Miether die Räumung nur mit einer angemessenen, der gesetzlichen Kündigungsfrist gleichkommenden Frist fordern können (§§. 509, 510), und die Vereinbarung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber über die Erfüllung des Vertrages durch den Letzteren solle dem Miether ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber geben. (§. 512.)

Der Vermiether habe wegen der ihm drohenden Verantwortung die dringendste Veranlassung, nicht ohne einen den Miether schützenden Vorbehalt der Rechte desselben zu veräußern.[6])

Die Veräußerung ohne solchen Vorbehalt sei hiernach und, wie die Erfahrung bestätigt, überhaupt nur als Ausnahmefall anzusehen.

---

[6]) Ganz dasselbe galt auch in Rom. S. l. 25 §. 1 D. loc. 19. 2 „curare debet" — „alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto". Trotzdem kamen Austreibungen der Miether in Rom sehr häufig vor. Die optimistische Auffassung der Motive hat Eck a. a. O. Bd. 2 S. 240 f. überzeugend widerlegt. Namentlich kam es schon bei den Römern und kommt heute sehr häufig vor, daß behufs Erlangung eines hohen Kaufpreises, circumveniendi emptoris causa (L. 49 pr. D. de a. e. v. 19. 1) höhere als die wirklichen Pacht- und Miethseinnahmen vorgespiegelt werden. In diesen Fällen hat Verkäufer ein Interesse, den Eintritt in

Fraglich bleibe außerdem immer noch, ob der Erwerber die Räumung verlangt; und wenn er sie verlangt, so bleibe dem Miether eine Frist, nach deren Ablauf in sehr vielen Fällen auch der Vermiether selbst die Räumung hätte verlangen können. Glaubt der Miether bei den aus den §§. 509, 510, 512 sich ergebenden Rechten sich nicht beruhigen zu können, so kann er den Abschluß des Miethsvertrages davon abhängig machen, daß ihm der Vermiether auf dem Grundstücke Hypothek[7]) für die aus der Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Ansprüche bestellt. — Einen besseren Rang als diese Hypothek könnte auch ein durch Buchung oder Vertrag begründetes dingliches Recht nicht haben.[8])

Der Ausschluß der Buchung der Miethe als eines dinglichen Rechtes folge für den Entwurf aus der Uebergehung desselben. Die Zwecke, welchen die Dinglichkeit des Miethsrechtes dienen soll, lassen sich in manchen Fällen durch die Bestellung eines Erbbaurechtes erreichen, da ein solches nach dem Entwurfe auf jede beliebige, längere oder kürzere Zeit bestellt werden kann. (§§. 961 ff., 142.)[9])

Daß die aus dem Entwurfe sich ergebenden Abhülfen behufs Beseitigung aller aus dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" zu besorgenden Uebelstände vollkommen ausreichen, lehre die Erfahrung auf denjenigen Rechtsgebieten, in welchen die Rechte des Miethers ähnlich geregelt sind. —

In §. VI wird zu erörtern sein, was es mit der vorstehend wiedergegebenen Rechtfertigung des sogenannten „Mittelweges"

---

die Verträge mit dem Käufer nicht zu vereinbaren, um nicht für die angegebenen Miethss- und Pachtzinsen haftbar zu sein.

[7]) Dies erinnert an eine im 18. Jahrhundert herrschende Doktrin, nach welcher durch ein mit Hypothek verbundenes pactum de non alienando der Miether gegen jede Austreibung gesichert sein oder doch wenigstens ein Zurückbehaltungsrecht an der Wohnung bis zur Befriedigung wegen seiner Ersatzansprüche erlangen sollte. Die Literatur s. bei Fischer a. a. O. S. 390 Anm. 274 ff.

[8]) Ueber dieses schwer verständliche Argument siehe die Gutachten von Maibom S. 28 f., Eck S. 243 und Fischer S. 417 Anm. 331. Die Hypothek zur Sicherung für event. Entschädigungsansprüche setzt gerade das Fehlen eines dinglichen Rechts voraus.

[9]) Hierzu bemerkt Fischer a. a. O. S. 407 Anm. 332 mit Recht, dies Bemerkung sei nicht ganz ernst zu nehmen. In der That gehört das in §§. 961 ff. des Entwurfs geregelte veräußerliche und vererbliche Recht, auf fremdem Grund und Boden Bauwerke zu haben (Erbbaurecht, Superficies) einer ganz anderen Kulturepoche an, als Miethe und Pacht. S. oben S. 39 f.

auf sich hat. Es wird sich dort ergeben, daß es dem Entwurfe keineswegen gelungen ist, den Interessen des Grundbuchsystems und den Interessen der Miether und Pächter in gleicher Weise gerecht zu werden; daß er vielmehr einerseits das Grundbuchsystem übertreibend, andererseits die materiellen Interessen nicht gehörig würdigend, eine künstliche Kollision zwischen Beiden geschaffen und diese Interessen jenem Systeme aufgeopfert hat.

Dabei darf man aber, um vollständig gerecht zu sein, nicht übersehen, daß die Verfasser der Motive, wie öfter, so auch hinsichtlich des Mieths- und Pachtrechts, in der mißlichen Lage waren, Bestimmungen als frei gewählte rechtfertigen zu sollen, zu deren Annahme die Kommission doch wohl weniger durch freie Wahl als durch bereits vorliegende präjudizielle Beschlüsse unter Mitwirkung äußerer Umstände gelangt war.

Bekanntlich ist die Fertigstellung eines Vorentwurfs zum Recht der Schuldverhältnisse durch die schwere Erkrankung des Redaktors Obertribunals-Vizepräsidenten Dr. von Kübel aus Stuttgart, welche am 5. Januar 1884 dessen Tod herbeiführte, verhindert worden.[9])

In Folge dessen wurde für einen Theil des Obligationenrechts, namentlich auch für das Mieths- und Pachtrecht, der sogen. Dresdener Entwurf von 1866 den Berathungen zu Grunde gelegt und dessen römisch-gemeinrechtliche Gestaltung dieses Instituts mit gewissen Modifikationen adoptirt.[10]) Dieser Schritt erfolgte aber nicht aus freier Wahl, sondern er war eine nothwendige Folge früherer hinsichtlich des Besitzes und des Immobiliarsachenrechts gefaßter Beschlüsse.[11])

Dies wird auch in den Motiven offen ausgesprochen.

---

[9]) Der ihm als Hilfsarbeiter zugewiesene großherzoglich hessische Geheime Justizrath Vogel starb bereits im Dezember 1883. S. Centralbl. für Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 213.

[10]) Diese Abweichungen bestehen namentlich in der Nichtzulassung der Eintragung, wodurch der conductor noch schlechter gestellt wird, als in dem größten Theil der gemeinrechtlichen Gebiete. S. oben S. 19 f. Andererseits trifft der Entwurf zu seinen Gunsten die Formvorschrift, daß sich der neue Erwerber zur Räumungsaufforderung durch Vorlegung öffentlicher Urkunden zu legitimiren hat, widrigenfalls bei unverzüglicher Rüge des Mangels die Aufforderung wirkungslos ist. S. hierzu Fischer a. a. O. S. 414 f.

[11]) Vergl. zum Folgenden m. Ausf. in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 56 f.

Der Entwurf will nämlich im Immobiliarsachenrecht das Eintragungsprinzip möglichst vollständig durchführen. Er will das Hypothekenbuch zum wirklichen Grundbuch machen. (Motive Bd. III S. 10.) Unter letzteren versteht er ein solches, welches das gesammte Immobiliarrecht auf der Grundlage der Grundbucheinrichtung regelt.[12])

Miethś- und Pachtverhältnisse kennzeichnen sich durch wesentliche Zweiseitigkeit, dadurch daß die Zinspflicht wesentlich abhängt von der Vorleistung des locator. Ferner ist das Verhältniß in der Regel kündbar.

In Folge der Kündbarkeit paßt die locatio conductio nicht zur Eintragung in die II. Abtheilung, in Folge der Bedingtheit nicht zur Eintragung in die III. Abtheilung des Grundbuchs.[13]) Deshalb ist sie im Sachenrechte des Entwurfs mit Stillschweigen übergangen, wozu die Motive Bd. III S. 3, 77 bemerken, aus diesem Stillschweigen folge, daß Miethe und Pacht zu den eintragungsfähigen Rechten nicht gehören. Auch bleibe bei Annahme des Eintragungsprinzips in Ansehung der Begründung und Uebertragung der Rechte an Grundstücken (§. 828) für eine quasi-traditio juris kein Raum. (Motive Bd. III S. 90)

Ferner ist (Motive Bd. III S. 80) — in vermeintlicher Uebereinstimmung mit dem rein römischen Rechte — [14]) als Besitz nur der

---

[12]) Vergl. Mot. Bd. III. S. 9 f. Hier wird bemerkt, in Preußen habe sich der Uebergang zum Grundbuchsystem erst in neuerer Zeit vollzogen. — Ferner wird ebenda S. 20 f. behauptet, im Allgemeinen halte sich der Entwurf in den Grenzen des geltenden Rechts. Hinterher wird aber zugestanden, das Eintragungsprinzip werde in den meisten Gesetzen nicht für alle neben der Hypothek und der Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwerthet.

[13]) S. m. Ausf. in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 56 f. und die Entgegnung von Brunner ebenda S. 71. Er glaubte mir entgegenhalten zu müssen, daß Schwierigkeiten, das Miethsrecht in die Grundbücher einzutragen, nicht existiren, da doch dies „Kunststück" vom österreichischen und sächsischen Rechte, für gemeinrechtliche Gebiete auch vom preußischen Grundbuchrecht geleistet sei. — Allein die Frage ist ja eben, ob solche Bestimmungen als sachgemäß zu empfehlen, oder ob sie als ein verfehlter Nothbehelf aufzugeben und durch andere zu ersetzen sind? S. oben §. II Anm. 5, unten §. VI Anm. 16.

[14]) Die Motive folgen der Savignyschen Ansicht, daß nach römischem, anders als nach deutschem und romanischen Rechte der Besitz auf dem animus domini beruhe. Diese Ansicht läßt sich aber nicht aufrecht erhalten, da die Quellen den

Eigenthumsbesitz an körperlichen Sachen anerkannt, wobei die kühne Behauptung aufgestellt wird, es fehle an einem allgemeinen Bedürfniß des Rechtsbesitzes.

Den mit Inhabung oder Theilinhabung verbundenen Rechten sei quasipossessorischer Schutz gewährt und damit die Frage des Besitzschutzes für Pacht- und Miethsrecht erledigt. (Mot. Bd. III S. 20.)[15])

Nachdem der Entwurf den Rechtsbesitz und, mit Ausnahme des Eigenthumsbesitzes, auch den Sachbesitz gestrichen, die Begründung dinglicher Immobiliarrechte von der Eintragung abhängig gemacht und sodann — mit Recht — anerkannt hatte, daß Mieths- und Pachtverhältnisse ihrer Natur nach für die Grundbucheintragung nicht geeignet sind, war in der That jede Diskussion darüber ausgeschlossen, ob die locatio conductio dem Preußischen Landrechte, dem Code civil, oder der gemeinrechtlichen Praxis gemäß zu konstruiren sei. Letzteres war von selbst geboten.

Besitz des Prekaristen und des Pfandgläubigers keineswegs als etwas Anomales betrachten. S. v. Wächter, Pand. Bd. 2 S. 32, Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 149 Anm. 7, Dernburg, Pand. Bd. 1 §§. 172, 173.

[15]) Schon hier sei darauf aufmerksam gemacht, wie die Grundsätze des Entwurfs über Besitz und Grundbuchrecht in innerer Verbindung stehen: Der Besitz (Sachherrschaft) ist die Verkörperung der Dinglichkeit derjenigen Rechte, welche überhaupt mit einem Besitz verbunden sind und eben deshalb künstlicher Publizität durch Eintragung nicht bedürfen. Geht man aber von der Voraus setzung aus, daß Dinglichkeit nicht anerkannt werden soll, außer bei denjenigen Rechten, welche zur Eintragung geeignet und auch wirklich eingetragen sind so muß man den Besitz streichen oder doch auf das Aeußerste beschränken. — Für die Lösung dieser angesichts der historischen Entwickelung unmöglich scheinenden doktrinären Aufgabe giebt es nur einen Weg; diesen hat der Entwurf betreten. Faßt man nämlich mit v. Savigny die Besitzklagen als Deliktklagen auf, welche nicht Vermögensschutz, sondern nur Schutz der Persönlichkeit gegen Ungebühr bezwecken, so gelangt man zu Besitzklagen ohne Besitz, beruhend auf rechtswidriger Eigenmacht gegen das thatsächliche Detentionsverhältniß. Faßt man andererseits wiederum mit v. Savigny den Besitzwillen als animus domini auf, so kann man mit Ausnahme des Eigenthumsbesitzes den übrigen Besitz als solchen ganz streichen. Beides ist denn auch im Entwurfe geschehen. Vergl. Mot. III S. 78 f., 116 ff., 489 f.

§. VI. Schlußkritik und Vorschläge.

Wir beginnen mit drei Ausstellungen allgemeiner Natur.

Dieselben betreffen:

1. Das Verfahren bei der Ausarbeitung des Entwurfs,
2. die romanisirende Richtung des Entwurfs, und
3. die mangelnde Würdigung der Kulturentwickelung im Gebiete des Immobiliarsachenrechts.

1. In dem vom Bundesrathe gebilligten Gutachten der Vorkommission[1]) war für die Ausarbeitung des Entwurfs die Direktive gegeben:

> „es solle an den bewährten Instituten und Sätzen der innerhalb des Deutschen Rechts bestehenden Civilrechtssysteme festgehalten, bei Divergenzen aber sollten die Entscheidungen in erster Linie nach Rücksicht des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit, in zweiter Linie nach juristisch logischer Folgerichtigkeit getroffen werden".

Der in §. V skizzirte Aufbau des Systems beweist unseres Erachtens, daß umgekehrt in erster Linie gewisse abstrakte Grundsätze aufgestellt worden sind, durch deren rücksichtslose Durchführung man zu einer möglichst einfachen und geradlinigen Konstruktion zu gelangen hoffte. — In Folge dieser abstrakten Konstruktionen sind die praktischen Rücksichten auf Bedürfniß und Zweckmäßigkeit in bedauerlicher Weise zu kurz gekommen.[2])

---

[1]) S. den Abdruck des Gutachtens vom 15. April 1874 in Rassow-Küntzel, Beiträge &c. Bd. 21 S. 175 ff.

[2]) „Hat auch — erklären die Motive II S. 383 f. — das römische Recht den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" in voller Schärfe anerkannt und ist ihm hierin die neue gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gefolgt, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß in der Gegenwart die strenge Durchführung jenes Grundsatzes abzulehnen ist, weil sie unter den gegenwärtigen Verhältnissen — zumal in den größeren Städten, wo die Hauptmasse der Bevölkerung bis zu den höchsten und vornehmsten Ständen hinauf zur Miethe wohnen — zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß." Trotzdem wird dann der entgegengesetzte Grundsatz des preußischen und französischen Rechts für unannehmbar erklärt, weil unverträglich mit den Prinzipien des Grundbuchrechts. (§§. 828, 837).

Es scheint namentlich die unermeßliche Wichtigkeit der Besitzposition und ihrer rechtlichen Anerkennung durchaus nicht genügend zum Bewußtsein gekommen zu sein, — worauf noch zurückzukommen sein wird.

2. Vom Standpunkte nationaler Rechtsentwickelung ist gegen den Entwurf die Anklage erhoben worden, daß er in der Hauptsache nur Kodifikation des usus modernus Pandectarum sei.[3])

Dieser Vorwurf bezieht sich auf eine rechtshistorische Entwickelung, welche ein Gesetzgeber der Gegenwart allerdings nicht aus den Augen verlieren darf.

Ihren Ausgangspunkt bildet die seit dem 18. Jahrhundert dem usus modernus siegreich gegenüberstehende naturrechtliche Kritik und die Reaktion der Partikularrechte gegen das fremde Recht. Daran knüpfte sich in unserm Jahrhundert die Thätigkeit der historischen Schule.

„Indem dieselbe das überkommene, mit italienisch-deutschen Gewohnheiten versetzte Römische Recht beseitigte und in Stelle des usus modernus Pandectarum das reine Römische Recht setzte, ward dem letzteren, was es an wissenschaftlicher Ausbildung gewonnen, an praktischer Anwendbarkeit genommen. Es verstand sich von selbst, daß das reine Römische Recht in Deutschland auf die Dauer unmöglich war und daß die Rückkehr der Theorie zur Antike als Gegenwirkung die um so entschiedenere Loslösung der Gesetzgebung von den positiven römischen Rechtssätzen und die freie Entfaltung moderner Prinzipien zur Folge haben mußte." — „Indem die historische Schule die Herrlichkeit des klassischen römischen Rechts restaurirte, war sie zugleich für unser Jahrhundert der wichtigste Faktor, um uns von der praktischen Geltung desselben zu befreien."[4])

---

[3]) So Gierke, Der Entwurf eines b. G.-B. für das Deutsche Reich in Schmollers Jahrb. 12. S. 59.

[4]) So Sohm, Fränkisches und Römisches Recht in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Germ. Abth. Bd. I (1880) S. 79 f. Derselbe legt dar, wie von der Anwendung rein Römischen Rechts in Deutschland im Mittelalter nicht die Rede gewesen ist. Es bedurfte erst der Einwirkung mannigfacher Mittelglieder — der Kirche des Mittelalters, des lombardischen Gewohnheits-

Von einer solchen befreienden That ist der Entwurf allerdings weit entfernt geblieben. Er lehnt sich mit Vorliebe an die dem Römischen Rechte zunächst stehenden Kodifikationen, das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863, den hessischen Entwurf von 1853 und den Bayrischen Entwurf von 1860.[5])

Es giebt keinen eklatanteren Beweis für seine romanisirende Richtung, als gerade die Behandlung des Mieths- und Pachtrechts, wie wir dieselbe im §. V dargelegt haben; wenn zugleich erwogen wird, daß — abgesehen vom Hypothekenrechte — das römische Privatrecht wohl kaum ein für den praktischen Dienst in der Gegenwart so wenig geeignetes Institut aufzuweisen hat, als das in der Ausbildung so sehr zurückgebliebene Mieths- und Pachtrecht an Immobilien.[6])

3. Auch bei höchster Werthschätzung des römischen Rechts sollte ein Gesetzgeber der Gegenwart nicht daran denken können, den Millionen deutscher Miether und Pächter die Thüren des Sachenrechts zu verschließen, sobald er sich die im §. IV skizzirte Kulturentwickelung vergegenwärtigt.

Wir haben dort gesehen, wie im Mittelalter die Masse der Nichteigenthümer das Grundeigenthum mit Jahrhunderte langer

---

rechts und der Arbeit der Kommentatorenschule des 13. und 14. Jahrhunderts — um das Römische Recht ins Mittelalterliche zu übersetzen, ein Recht zu schaffen, welches modernisirt genug war, um in den Gerichten Eingang finden zu können. Als dann im 16. und 17. Jahrhundert die Rezeption erfolgte, blieb u. A. das deutsche Immobiliarsachenrecht in einer Reihe von Partikularrechten erhalten. „Die aufgeklärte Gesetzgebung der absoluten Monarchien eröffnete gegen das gemeine Recht den Krieg, und das Preußische Landrecht und Oesterr. B.G.B. leiteten die moderne Gesetzgebung ein, deren Aufgabe es ist, durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus zu gelangen." S. a. a. O. 77 ff.

[5]) S. z. B. Motive Bd. III S. 1 und die nähern Nachweise bei Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 403 f., 408 f.

[6]) Die Tendenz, solche Römische Rechtssätze, welche auf nationalen Eigenthümlichkeiten oder rein historischen Ursachen beruhen, oder deren Entstehung man nicht einmal kennt, als in der Natur der Sache begründet aufrecht zu erhalten und für allgemein gültig zu erklären, ist noch keineswegs überwunden. Sie war der bisherigen Rechtsentwickelung sehr hinderlich. — Unseres Erachtens kann die Werthschätzung und Erkenntniß des Römischen Rechts nur gewinnen, wenn sie von der Frage der praktischen Anwendbarkeit für die Jetztzeit und für die Zukunft der Deutschen Rechtsentwickelung ganz losgelöst und gesondert wird.

Arbeit durchtränkt und befruchtet, dadurch aber wiederum sich aus doppelter Gebundenheit der Person und der Arbeit allmälig befreit hat.

Die so erarbeitete Selbstbefreiung der Persönlichkeit und die Werthhöhung des so befruchteten Grundeigenthums hat dann eine Umgestaltung der Bedürfnisse und Rechtsverhältnisse dergestalt herbeigeführt, daß das Grundeigenthum nunmehr seinerseits neben der kleinen Minderheit der freien Eigenthümer auch der großen Masse der Nichteigenthümer in der Weise, wie im Eingange des §. II geschildert, zu dienen, ihnen namentlich Heimath, Wohnsitz, Niederlassung, Arbeitsfeld und Arbeitsmittel zu gewähren hat.

Die Gesetzgebung kann sich der Verpflichtung nicht entziehen, auf diesem Gebiete die Selbstbestimmung des Bürgers der Kulturentwickelung entsprechend anzuerkennen, und zwar in dem Umfange, daß dadurch die bisher in einigen Theilen Deutschlands obwaltenden Hindernisse einer naturgemäßen Entwickelung hinweggeräumt und beseitigt, nicht aber, daß gerade die ungenügendsten Normen als allgemein gültiges Recht für ganz Deutschland proklamirt werden.

Es ist eben nur der Widerhall eines allgemeinen Protestes von etwa 30 Millionen, wenn Fischer[7]) am Schlusse seines Gutachtens sagt: es sei nicht zu erwarten, daß zwei Drittel des deutschen Volkes bereit sein werden, ihr der Natur der Sache, den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehr, der nationalen Entwickelung und der heutigen Kultur allein entsprechendes Recht aufzugeben zu Gunsten römischer, höchst spitzfindiger und gekünstelter, in späterer Zeit nur in Folge des Egoismus der besitzenden Klassen beibehaltener Sätze.

Und unter Bezugnahme auf die von ihm beigebrachten Beläge für die in Frankreich, Belgien, Italien, Holland, Portugal, Schweden, Norwegen, Dänemark und England geltenden Rechtsgrundsätze (Kauf

---

[7]) Fischer a. a. O. S. 407 ff. 448 f. Auch Eck warnt a. a. O. S. 248 auf das Dringendste davor, denjenigen zwei Dritteln von Deutschland, welche den römischen Satz: „Kauf bricht Miethe" als unerträglich abgestreift und sich bei dem entgegengesetzten Grundsatze seit einem Jahrhundert bei Weitem wohler befunden haben als zuvor, jetzt diesen wieder entreißen zu wollen. Ebenso u. A. die Artikel der „Vossischen Zeitung" über „Kauf bricht Miethe", Nr. 188, 195 vom 20. und 24. April 1888, Nr. 209 vom 9. Mai 1888.

bricht nicht Miethe) fügt er hinzu, daß es „eine eigenthümliche Ironie des Schicksals wäre, wenn, nachdem der germanische Gedanke der Selbständigkeit und Dinglichkeit der Miethe sich fast die ganze Welt erobert und das römische Recht in seiner Heimath verdrängt hat, wir in Deutschland veralteter Schulweisheit zu Liebe zum römischen Recht zurückgeführt würden."

Daß auch in der volkswirthschaftlichen Literatur die Grundsätze „Kauf bricht Miethe" und in noch höherem Grade „Kauf bricht Pacht" als kulturschädlich anerkannt sind, haben Eck a. a. O. S. 237 f. und Fischer a. a. O. S. 434 ff. so überzeugend nachgewiesen, daß hier Bezugnahme auf ihre Ausführungen genügt.

Was sodann die Einzelvorschriften des Entwurfs betrifft, so ist nicht zuzugeben, daß derselbe den Interessen des Grundbuchsystems und des Miethers in gleicher Weise gerecht werde (Mot. II S. 385 f.)'; ganz abgesehen davon, daß das Grundbuchsystem kein Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Beförderung des Realkredits ist,[8]) welches bei richtiger Handhabung mit den Interessen der Pächter und Miether überhaupt nicht zu kollidiren braucht. Namentlich kann genügende Wahrung dieser letzteren Interessen keineswegs gefunden werden:

a) in der Bestimmung gesetzlicher Räumungsfristen — §§. 509, 510 des Entwurfs.

Ihre Zubilligung war in der gemeinrechtlichen Praxis freilich gerechtfertigt als Nothbehelf gegen die Härten des römischen Rechts, so lange man an dasselbe grundsätzlich sich gebunden glaubte.[9]) Aber de lege ferenda betrachtet, gewähren sie Gnade für Recht, ohne der Rechtsunsicherheit abzuhelfen, und haben außerdem gegen sich, daß sie sich ganz offen als prinzipwidriger Nothbe-

---

[8]) Mit vollem Rechte fragt auch Fischer a. a. O. S. 446, ob etwa das Deutsche Volk und sein Recht um des Grundbuchs willen da sei, so daß ein bis auf die äußerste Spitze getriebenes Grundbuchsystem das letzte Ziel der Gesetzgebung sein muß?

[9]) Die Partikularrechte, welche aus Billigkeitsrücksichten Kündigungstermine gewährten, zählt auf Stobbe, Lehrb. Bd. 3 §. 186 Anm. 19 f. Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 111 Anm. 32 erklärt im Anschluß an ältere Theoretiker die Gewährung der ortsüblichen Kündigungsfristen event. einer angemessenen Räumungspflicht für gemeinrechtlich.

helf ankündigen. Sie sind willkürlich dem conductor gegenüber, weil es Sache der Privatdisposition ist, zu bestimmen, ob das Mieths- oder Pachtrecht auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung eingeräumt und garantirt werden soll; willkürlich gegenüber dem neuen Eigenthümer, weil ihm ungewisse, aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Beschränkungen auferlegt werden zu Gunsten von Personen, welchen er nach dem Entwurfe doch weder dinglich noch persönlich verpflichtet ist.

Dem Mieths- und Pachtinteresse genügt auch keineswegs

b) der §. 512 d. E., nach welchem die unmittelbare Berechtigung des conductor aus dem zwischen dem locator und dem neuen Erwerber geschlossenen Nebenvertrage als gewollt angesehen werden soll. Denn entgegen der Parteiabsicht bleibt es von der durch das augenblickliche Interesse bestimmten Willkür des locator abhängig, ob er den Nebenvertrag, aus welchem der conductor direkt berechtigt sein würde, überhaupt abschließen will oder nicht.[10])

---

[10]) Es ist charakteristisch für die Praxis in gewissen gemeinrechtlichen Gebieten, daß die Betheiligten genöthigt sind, sich mit anerkannt unwirksamen Vertragsklauseln zu behelfen. So ist z. B. in Württemberg in Immobiliarkaufverträgen die Klausel allgemein üblich, daß Käufer in die bestehenden Pacht-(Mieth-)Verträge dem Verkäufer und den Pacht(Mieths-)leuten gegenüber einzutreten hat. Es ist aber feststehende Praxis, daß Miether und Pächter aus dieser lex venditionis für sich kein Recht herleiten können. S. oben §. IV Anm. 34. — Wer sich so gut als irgend möglich den Miethsbesitz auf eine Reihe von Jahren hinaus sichern will, bedingt sich im Miethsvertrage aus, daß Vermiether während der Miethszeit nicht veräußern darf, ohne den Erwerber zum Eintritt in den Miethsvertrag zu verpflichten. Auch diese Klausel ist aber bedeutungslos, weil sie zu nichts mehr verpflichtet, als zur Entschädigung. — Zum Trost wird dann behauptet, daß sich trotzdem in solchen Rechtsgebieten ganz gut leben lasse; in den kleineren Orten seien die Fälle spekulativer Unredlichkeit und bösartiger Chikanen selten, in den Verkehrscentren sei man das Umherziehen gewöhnt. S. Vossische Zeitung vom 24. April 1888 Nr. 195 und Fischer in den Verh. des 19. Juristentages Bd. 2 S. 432. Diese Trostgründe sind weder thatsächlich anzuerkennen, noch de lege ferenda entscheidend. S. ebenda Bd. 2 S. 437, Bd. 3 S. 58, 64, 301 ff. — Wirksame Abhilfe gewährt auf indirektem Wege §. 1224 des Sächs. B.G.B., nach welchem der Pächter oder Miether die Eintragung der zuletzt erwähnten Klausel verlangen kann. Dies bewirkt eine Dispositionsbeschränkung des Vermiethers im Eigenthume dergestalt, daß die Grundbuchsbehörde die Eintragung einer jeden Veräußerung abzulehnen hat, die nicht unter Vorbehalt der Rechte des Miethers erfolgt. Für Bayern bestimmt §. 12 des Landtagsabschieds vom 18. Febr. 1871,

Eine genügende Wahrung dieses Interesse kann auch:

c) nicht gefunden werden in dem Besitzschutz ohne Besitz, den der conductor als Inhaber oder als Theilinhaber nach §§. 814 ff. d. E. gegen unbefugte Eigenmacht genießt. Denn dieser Schutz giebt ihm überhaupt keine besondere Rechtsstellung, konstatirt vielmehr nur seine Rechtlosigkeit, indem er ihn gleichstellt jedem innehabenden Stellvertreter und jedem unredlichen Besitzer.

Nun geben zwar die Motive dem Miether, welcher sich hierbei nicht beruhigen will, schließlich noch den Rath, den Abschluß des Miethsvertrages abhängig zu machen von Einräumung einer Hypothek für die wegen Nichterfüllung zu machenden Ansprüche. Dieses Auskunftsmittel aber erweist sich, falls es überhaupt ernst gemeint sein sollte,[11]) nach jeder Richtung hin als unpraktisch. Zunächst nämlich sind die Nachtheile und Unannehmlichkeiten, welche durch vertragswidrige Exmissionen und erzwungene Umzüge verursacht werden, zum allergrößten Theile unschätzbar.

Ferner entspricht es keineswegs der Absicht des conductor, auf im Prozeßwege zu ermittelnde Entschädigungen angewiesen zu sein. Er will nicht problematische Prozesse führen, sondern Garantie ruhigen Besitzes.

Schließlich denkt der „wirthschaftlich stärkere" locator überhaupt nicht daran, auf Eintragung einer solchen Hypothek einzugehen, — ebensowenig wie er auf Ausbedingung einer Konventionalstrafe für den Veräußerungsfall eingeht, was, wenn erzwingbar, eine weit zweckmäßigere Hülfe sein würde.[12])

---

daß die Verabredung zwischen Vermiether und Erwerber wegen Eintrittes in den Vertrag zu Gunsten des Miethers wirksam ist.

[11]) Eck a. a. O. S. 243 sagt von diesem Rathe, er sei „so scharfsinnig erdacht, daß er beinahe schon etwas ungereimt wird"; während Fischer a. a. O. S. 407 Anm. 331 ihn als „versteckte Satire der überstimmten Minorität" betrachten zu dürfen glaubt.

[12]) Bei Ordnung so allgemein herrschender Verhältnisse wie Miethe und Pacht hat der Gesetzgeber in erster Linie die Lage der kleinen Leute, alleinstehender Frauen und solcher Personen ins Auge zu fassen, welche sich erfahrungsmäßig nicht in der Lage befinden, im Voraus mit Energie auf künstliche Sicherungsmittel zu dringen, um hinterher den Kampf um das Recht mit Zähigkeit in langwierigen Prozessen durchzufechten. Die Verweisung solcher nach Millionen zählender, ruhigster und solidester Volksklassen auf erfahrungsmäßig überhaupt oder mindestens

Auch von Meibom, welcher sich mit Rücksicht auf das Interesse am ungehemmten Güterumsatze[13]) im Prinzipe für den Entwurf erklärt, erkennt unumwunden an, daß durch die Möglichkeit der Eintragung einer Hypothek für eventuelle Entschädigungsansprüche das Interesse des Miethers in keiner Weise befriedigt werde.

Er erklärt aber auch weiterhin folgende wesentliche Verbesserungen für nothwendig:

1. Der Entwurf überläßt es dem Belieben des Erwerbers, ob und wann er die Aufforderung zur Räumung an den Miether richten will. Die Folge davon ist, daß der Miether, — seinerseits erst nach erfolgter Räumungsaufforderung zum Rücktritt berechtigt, — über die Fortsetzung oder Nichtfortsetzung des Vertragsverhältnisses im Ungewissen bleibt.

Dieser lästigen Ungewißheit macht das Sächsische B. G. B. §. 1225 Satz 2 dadurch ein Ende, daß es den Erwerber, welcher die erste Kündigungsfrist nicht benutzt, als in den Miethsvertrag seines Vorgängers eingetreten ansieht.

Noch weiter gehend, will von Meibom dem Miether das Recht einräumen, Erklärung des Erwerbers binnen angemessener Frist zu verlangen.

2. Die in §. 509 d. E. ausgesprochene bloße Duldung des Miethers seitens des Erwerbers („den Gebrauch" . . . „zu gestatten")

---

für sie unpraktische Hilfsmittel muß seitens des Gesetzgebers deshalb sorgfältig vermieden werden, weil sie als ein Hohn auf die ohnehin nachtheilige Lage dieser Klassen, die angebliche Unterwerfung unter den Willen des Gesetzgebers aber als Unwahrheit empfunden wird. S. auch oben §. I Anm. 9, §. III Anm. 13, §. IV Anm. 38, 39, §. V Anm. 7 ff.

[13]) S. von Meibom a. a. O. S. 20 ff., 28 f. Aehnlich Wendt, Faustrecht in Iherings Jahrb. 21 S. 237, Hartmann im Arch. für civil. Praxis 73 S. 389 f. Das Interesse des ungehemmten Güterumsatzes ist auch in den Verhandlungen des 19. Juristentages zur Sprache gebracht worden, und zwar vom Standpunkte des Bauunternehmers und Spekulanten. Verhandl. Bd. 3 S. 61 ff. Darauf hat Klöppel, ebenda S. 64 f., treffend entgegnet: daß Häuserspekulation keine gesunde, sondern eine ungesunde Güterbewegung sei; daß zwar in Folge des Privateigenthums Grundstücke auch veräußert werden können, ihr Zweck aber nicht die Güterbewegung ist, sondern die Landgüter dazu da sind, bewirthschaftet, die Häuser dazu da sind, bewohnt oder zu industriellen Zwecken benutzt zu werden. S. auch die Erwiderungen der Referenten Petersen und Brunner ebenda S. 69 f.

erscheint — namentlich, wenn die Voraussetzungen des §. 192 d. E. nicht vorliegen, — als ungenügend. Es muß an Stelle der bloßen gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Succession in das Schuldverhältniß treten, mithin bestimmt werden, daß die Erklärung des Erwerbers, Räumung nicht zu verlangen — oder die Nichterklärung binnen der gestellten Frist — im Sinne des §. 318 d. E. als Erfüllungsübernahme gilt[14]); oder vielmehr als Eintritt in den Vertrag. — Diese beiden Vorschläge würden unbedingte Billigung verdienen, falls zwingende Gründe vorlägen, das Pacht- und Miethsrecht des Entwurfs im Prinzipe beizubehalten. Aber von Meibom giebt schließlich das Prinzip des Entwurfes selbst auf, indem er

3. auch noch verlangt, daß die Eintragung des Miethsrechts in das Grundbuch als dingliche Belastung zugelassen werde. Der Miether soll jedoch kein Recht haben, die Eintragung zu verlangen, es soll ihm vielmehr überlassen bleiben, die Einwilligung des Vermiethers auszubedingen. — Natürlich wird der „wirthschaftlich Stärkere" seine Einwilligung nur in seltenen Ausnahmefällen ertheilen,[15]) und weil dies im Voraus feststeht, wird die Eintragung garnicht erst verlangt werden. Dies sieht von Meibom auch sehr wohl ein. Denn er erklärt die Gefahr einer Ueberbürdung der Grundbuchbehörden und einer Ueberladung des Grundbuchs deshalb für ausgeschlossen, weil nur selten Eintragungen erfolgen würden; abgesehen von der Umständlichkeit der Buchungen und Löschungen, sowie den dadurch verursachten Kosten, könne sie ja Vermiether durch Ablehnung seines Konsenses beliebig verhindern.[16]) Mit anderen Worten: Die Maßregel

[14]) Dieser Ausdruck ist nicht genau. Erfüllungsübernahme würde nicht ausreichen. Mot. II S. 391. Es handelt sich vielmehr um vollständigen Eintritt in das Vertragsverhältniß, oben S. 15 §. II Anm. 16; oder wie Brunner, Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 44 sich ausdrückte: Gestaltung der Miethe als Realobligation.

[15]) Solche Ausnahmen kommen vor, wenn der Miether einmal noch stärker ist als der Vermiether. So läßt z. B. die Postverwaltung in Hannover, wenn sie Gebäude zum Postbetriebe miethet, ihr Recht regelmäßig in das Grundbuch eintragen. S. Eck in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 2 S. 243.

[16]) Daß aus den angeführten Gründen der bezweckte Schutz der Miether durch Eintragung nicht zu erreichen sei, wird auch in den Motiven dargelegt und zugleich bemerkt, daß die Eintragung auch in den Gebieten, wo sie zuläßig sei, erfahrungsmäßig selten vorkomme. Mot. Bd. II S. 384 f., 386. Ebenso wurde bei Be-

wird nur dadurch ausführbar, daß sie, — von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, — unpraktisch, also so gut wie nicht vorhanden ist.

Gleichwohl sollen, nach von Meibom, zu Gunsten dieser unpraktischen Maßregel die vom Entwurf aufgestellten Schranken des geschlossenen Sachenrechts und des das ganze Immobiliarsachenrecht absorbirenden Grundbuchsystems durchbrochen werden durch Einfügung eines neuen Abschnitts in das Sachenrecht Buch III, in welchem Abschnitte — parallel dem gegen Dritte wirksamen Vorkaufsrecht §§. 952 ff. — das Mieths- und Pachtrecht an Grundstücken als dingliche Belastung behandelt wird.

Auf solchen Vorschlag wäre nach den bisherigen Darlegungen nur einzugehen unter der doppelten Voraussetzung, daß

1. die zwingende Nothwendigkeit nachgewiesen würde, die dingliche Wirkung des Mieths- und Pachtrechts überhaupt von einer Eintragung abhängig zu machen. — Falls dieser Nachweis geführt wird, müßte
2. ein Eintragungsmodus gefunden werden, welcher die Eintragung als einen allgemein zugänglichen, thatsächlich wirksamen Schutz der wirthschaftlich schwächern Majorität erscheinen läßt.

Es kann jedoch hier dahingestellt bleiben, ob ein solcher Eintragungsmodus zu finden wäre — vielleicht vermittelst besonderer Haus- oder Miethsbücher, da die dem Realkredit dienenden Hypothekenbücher anerkannt ungeeignet sind —. Denn das Vorhandensein der obigen ersten Voraussetzung ist auf das Entschiedenste zu verneinen.

Die Alternative nämlich, das Mieths- und Pachtrecht entweder garnicht, oder nur mittelst Eintragung als dingliches Recht an Grundstücken zulassen zu können, beruht nicht auf der Natur der Sache; sie ist vielmehr für die Redaktoren des Entwurfs künstlich herbeigeführt worden durch den präjudiziellen, aber nicht aufrecht zu erhaltenden Beschluß, den ganzen Rechtsbesitz zu streichen und außer

---

rathung des Preuß. Grundeig.Erwerbsges. vom 5. Mai 1872 in dem Kommissionsbericht des Herrenhauses anerkannt, daß der rasche, massenhafte Wechsel der Miethswohnungen in den großen Städten und die ebenfalls oft jährlich wechselnden Pachten einzelner Ackerparzellen die Anforderung der Eintragung nicht gestatten. Bahlmann, Grundbuchrecht S. 53 Anm. 66. Vergl. oben §. V Anm. 13.

dem Eigenthumsbesitz überhaupt keinen Besitz anzuerkennen. Dadurch hatte man sich die Möglichkeit der Konsolidirung der Mieths- und Pachtrechte durch Besitz von vornherein abgeschnitten.

Die Unhaltbarkeit dieses Beschlusses ergiebt sich daraus, daß im wirklichen Leben sowohl die Existenz des Einzelnen als die Gesellschaftsordnung der Gesammtheit gerade auf dem Besitze ruht, d. h. darauf, daß jede von dem Einzelnen errungene, einem Privatrechtsinhalte entsprechende dauernde thatsächliche Herrschaft als prima-facie-Recht nach außen solange Schutz genießt, bis sie von einem besser Berechtigten als Nichtrecht entlarvt beziehlich als Besitz entsetzt wird.[17])

Es entspricht also der natürlichen Rechtsentwickelung, daß einerseits der Besitzbegriff selbst immer weiter ausgebildet und verfeinert wird, andererseits das Besitzschutzgebiet sich immer weiter ausdehnt, namentlich auch auf den Inhalt der immateriellen Vermögensrechte und der Statusrechte.[18])

Wenn trotzdem der Entwurf diese ganze Entwickelung und die weltbeherrschende Wichtigkeit der Besitzposition überhaupt ignorirt, so wird dies in der That bezeichnet werden dürfen als eine Gewaltthat, welche man sich nicht bieten lassen kann und darf.[19])

---

17) Dernburg, Pd. Bd. 1 §. 172 sagt in dieser Beziehung: „Der Besitz ist die thatsächliche Gesellschaftsordnung, die gegebene Vertheilung der Sachgüter. Er gewährt dem Individuum unmittelbar die Werkzeuge seiner Thätigkeit, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse. Eine willkürliche Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens. Sie ist zur Erhaltung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger wie der Rechtsschutz erforderlich." — Es bedarf keiner Ausführung, daß sich aus dem Besitzschutze mit Nothwendigkeit der Schutz des älteren und der Schutz des wider Willen verlorenen Besitzes entwickelt; ferner daß der Besitzschutz überhaupt durch und durch relativ ist; d. h. der Besitz wird als Recht behandelt, solange und soweit ihm kein relativ besser Berechtigter gegenübertritt. Ob die geschützte Position absolut Recht sei, kommt nur ganz ausnahmsweise zur Sprache.

18) Im Großen und Ganzen hat diese Entwickelung in Deutschland thatsächlich stattgefunden; der Versuch, den Rechtsbesitz auf körperliche Objekte einzuschränken, hat sich als erfolglos erwiesen. S. Bruns, Recht des Besitzes S. 185 ff., 383 ff.

19) Hierüber ausführlich Gierke in Schmollers Jahrb. 12. S. 74 ff. und 13 S. 278 f., wo die innere Unwahrheit der Besitzlehre — oder vielmehr

Es ist dieser Abweg um so befremdlicher, als eine die Aufgabe im Wesentlichen befriedigend lösende Gesetzgebung vollständig fertig vorliegt und in dem bei Weitem größesten deutschen Rechtsgebiete ohnehin in Geltung ist.

Nach den bereits in §. II berührten Bestimmungen des Allg. Preußischen Landrechts besteht neben dem Eigenthumsbesitze als dem vollständigen Sachbesitze ein mit unvollständigem Sachbesitze verbundener vollständiger Rechtsbesitz des Miethers und Pächters. Denn wer ein Recht für sich selbst ausübt, ist nicht Inhaber, sondern Besitzer desselben (I 7 §. 4 ff.).[20])

Wenn ferner dem persönlich zur Sache Berechtigten der Besitz der Sache auf Grund seines Rechtes eingeräumt wird, so entsteht dadurch für ihn ein dingliches (gegen Dritte wirksames) Recht auf die Sache; eine dingliche Belastung, welche auf jeden Besitznachfolger des Bestellers übergeht (I 2 §§. 124, 135, 137; 21 §§. 2, 3).

Der Eintragung bedarf es, um Dinglichkeit zu begründen, nur soweit entweder der Berechtigte sich noch nicht im wirklichen Besitz befindet, oder wenn es sich um Rechte handelt, welche mit Sachbesitz überhaupt nicht verbunden sind (I 2 §. 136, 20 §. 8, 21 §§. 2, 4. S. auch oben §. II Anm. 7).

Ist das Nutzungsrecht weder mit Besitz verbunden, noch eingetragen, so wirkt es nur, so lange die belastete Sache sich in den Händen des persönlich Verpflichteten oder seiner Erben befindet (I 21 §. 5, 19 §§. 5, 6).

„Nichtbesitzlehre" — des Entwurfs scharf, aber im Wesentlichen zutreffend dargelegt wird. Gierke bezeichnet dieselbe als: „eine dem deutschen Rechte Hohn sprechende Begriffsbildung, bei welcher die romanisirende Tendenz des Entwurfs gewissermaßen das römische Recht selbst übertrumpft." — In der That sind die Römer weit entfernt gewesen, bei Nichtvorhandensein des animus domini den Besitzwillen und Besitz überhaupt zu negiren. — Man vergleiche, was in den Mot. III S. 78 f. über die Innehabung als Thatbestandsmoment ohne besondern Willensinhalt gesagt wird, und die zutreffende Kritik von Wendt: Besitz und Inhabung im Archiv für civil. Praxis. Bd. 74 S. 135 ff., 153 ff.

[20]) Dem entsprechend macht Wendt a. a. O. S. 138 ff, 158 f. zu B. III Absch. 2 d. E. „Besitz und Inhabung" Verbesserungsvorschläge, welche im Wesentlichen zu billigen sein dürften. Die bloßen Stellvertreter, Verwalter, Inspektor, Gesinde (§. 811) sollen dem Prinzipal gegenüber, namentlich im Falle des Vollmachtswiderrufs, keinen Besitzschutz haben; Dritten gegenüber bedürfen sie

Diese Vorschriften entsprechen im Wesentlichen sowohl der Deutschen Rechtsentwickelung als der Natur der Sache. Namentlich gilt das von der Relativität der Dinglichkeit.[21])

Dieselbe ergiebt sich von selbst daraus, daß einerseits die darauf gerichtete Privatdisposition des Eigenthümers hinreicht, dem Anderen begrenzte Herrschaft über seine Sache unmittelbar einzuräumen, andererseits die volle Wirksamkeit gegen Dritte aus Gründen der Verkehrssicherheit von einer weiteren Bethätigung, Erkennbarkeit oder formeller Publikation abhängig gemacht werden muß.[22])

Behufs Verständigung über den Begriff der Dinglichkeit wolle man sich vergegenwärtigen, daß Forderungen (Schuldverhältnisse) in allen Gebieten des Privatrechts zahlreich vorkommen, namentlich auch im Sachenrechte.[23]) Gleichwohl pflegt man die

keines eigenen Besitzrechts, da die Besitzklage aus der Person des Vertretenen hinreicht. S. c. 1 C. si per vim 8. 5; §. 85 C.-G.-O. Die Stellvertreter sind also auszuscheiden, wozu die Bestimmung genügt: „Wer nur für einen Anderen besitzt, hat eigene Besitzrechte nicht zu beanspruchen". — Wer dagegen die thatsächliche Gewalt über die Sache im eigenen Interesse ausübt, ist Besitzer, und ihm stehen die Besitzklagen zu. Die „Inhabung" fällt somit als Kunstwort im Gesetze ganz fort, und der Wissenschaft bleibt es überlassen, ob sie die Unterscheidung zwischen juristischem und natürlichem Besitze beibehalten will oder nicht.

21) Die sich in einer Besitzposition verkörpernden dinglichen Rechte sind ihrer Natur nach relativ nach drei Richtungen. a) das Herrschaftsverhältniß kann gegenüber dem Verleiher und solchen Personen, welche ihre Rechte von ihm herleiten, vorhanden sein, dritten Personen gegenüber aber noch nicht, so lange es nicht auch ihnen überhaupt oder in bestimmter Form gegenübertritt. b) Wie das Herrschaftsverhältniß erst mit der Besitzposition oder sonstigen Erkennbarkeit die Wirksamkeit gegen Dritte (volle Dinglichkeit) erlangt, so verliert es sie auch wieder mit dem Verlust dieser Position — vorbehaltlich der Wiederherstellung durch dingliche Klage, falls der Besitz wider Willen verloren ging. c) Hat der Verleiher selbst nur ein relatives Recht — als Sachbesitzer, Erbpächter, Superficiar, Nießbraucher —, so ergiebt die seinerseits erfolgte Bestellung dinglicher Rechte naturgemäß eine ebenfalls nur relative Berechtigung (wie z. B. Preuß. Landr. I 19 §. 33; 20 §. 73 f; 21 §. 388 ff.). Auf die letzten beiden Relativitätsrichtungen (b und c) braucht für den vorliegenden Zweck nicht näher eingegangen zu werden.

22) Uebrigens erkennen auch die Motive III S. 2 an, daß das Wesen der Dinglichkeit in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache liege, Absolutheit und Dinglichkeit sich nicht decken.

23) So z. B. als Forderungen des Eigenthümers, die a. fin. regundor., der Anspruch auf cautio damni infecti, die a. aequae pluv. arcendae, das interd. quod vi aut clam., die cond. furtiva und die im röm. Recht bald als vindicatio, bald

Schuldverhältnisse als selbstständiges Rechtsgebiet zu betrachten in der Beschränkung auf diejenigen Rechtsverhältnisse, deren Inhalt sich in persönlicher Leistungspflicht erschöpft — im Gegensatz zu den Sachenrechten, zu den immateriellen Vermögensrechten, zu den Familien- und Erbrechten.

Ebenso pflegt das Sachenrecht als besonderes Gebiet betrachtet zu werden, umfassend diejenigen Rechtsverhältnisse, deren ökonomischen Zweck und Inhalt eine Sachherrschaft bildet.

Diejenigen eigenthümlichen Wirkungen, welche dieser Zweck und Inhalt der Sachenrechte mit sich bringt, pflegen als Dinglichkeit bezeichnet zu werden.

Es giebt also, genau gesprochen, keine an sich dinglichen Rechte, vielmehr nur dingliche Wirkungen der Sachenrechte.

Je nachdem die Sachherrschaft sich ökonomisch nur auf die Substanz, oder nur auf Gebrauch und Nutzung, oder auf beides bezieht, dient zu ihrer Sicherung und Erhaltung entweder die Besitzposition oder die Verlautbarung durch Eintragung.

Beide genießen Schutz als prima-facie-Recht; aber ihre Dinglichkeitswirkungen sind doch naturgemäß insoweit verschieden, als die Eintragung formelle Legitimation giebt, welche nur rechtlich, nicht thatsächlich angefochten, Besitz dagegen eine thatsächliche Machtstellung von nicht ohne Weiteres erkennbarem Inhalt, welche nicht nur rechtlich angefochten, sondern auch mit Gewalt einerseits vertheidigt und aufrechterhalten, andererseits gestört und entzogen werden kann.

Was nun die vermeintliche Abgeschlossenheit des Sachenrechts betrifft, so scheitert dieselbe an folgenden Thatsachen:

Eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte ein für alle Mal aufzustellen, erscheint nicht als rathsam, weil durch die Kulturentwickelung das Sachenrecht mit der Zeit ebensogut umgestaltet wird, wie die übrigen Privatrechtsgebiete.

---

als condictio auftretenden Ersatzansprüche gegen den, der dem Eigenthümer die Sache in solcher Weise entzieht, daß sie nicht widererlangt werden kann. S. L. Jacobi in Iherings Jahrb. 4 (1861) S. 232 ff. und in der Festgabe für Gneist (1888) S. 139 ff. Daß der Nießbraucher, der Reallastberechtigte, der Kommodatar Forderungen hat, bedarf keiner Ausführung. Am höchsten gespannt ist aber die Verbindung von Forderungs- und Sachenrecht gerade bei der Pacht und Miethe.

Die Abgrenzung des Sachenrechts aber nach der Seite der Forderungsrechte ist deshalb problematisch, weil beide mehrfach ineinandergreifen. Einerseits ist man durch wirthschaftliche Bedürfnisse vielfach genöthigt, Leistungspflichten an die Sachherrschaft zu knüpfen,[24]) andererseits ist das Forderungsrecht vielfach vermöge seines Inhalts Titel zur Sachherrschaft.

Hier erscheint zwar die Leistungspflicht als eine persönliche, das Forderungsrecht aber springt als Anspruch auf Erlangung und Sicherung der Sachherrschaft — unmittelbar in das Sachenrecht hinüber, es ist — relativ dinglich (Recht zur Sache).

Namentlich beruht es auf natürlicher, dem Zwecke der Betheiligten entsprechender Anschauung, daß solche Rechte an Immobilien, deren Ausübung durch Besitz bedingt ist, mit der Bestellung sofort als relativ dinglich entstehen.

Der vertragsmäßige oder gesetzliche Nießbraucher, der sein Recht auszuüben beginnt, der Pächter, welcher die Pacht antritt, der Miether, welcher die Miethswohnung bezieht, sie alle handeln ohne noch einer weiteren Rechtsbegründung durch Uebergabe zu bedürfen,[25]) kraft bereits erworbenen dinglichen Rechts.

Daher bedarf es gegenüber dem Dritten, der von der Bestellung Kenntniß hat, ebensowenig wie gegenüber dem Besteller selbst, erst noch der Besitzbethätigung; wohl aber gegenüber dem Nichtwissenden. Insofern ist das bestellte Recht zunächst nur beschränkt (relativ) dinglich.[26])

---

24) z. B. Verpflichtung zu Grundabgaben und Reallasten, bei den Römern Verpflichtung zum Ersatz für Beschädigungen durch Sklaven und Thiere nach dem Grundsatze noxa caput sequitur. — Auf die Verknüpfung von Forderungsrechten (Gläubigerschaft) mit Sachherrschaft (Inhaberpapiere, Ordrepapiere u. dgl.) braucht hier nicht eingegangen zu werden.

25) Soweit zum Zwecke der Erkennbarkeit noch eine Erklärung des Autors oder des Richters verlangt wird, daß der bisherige Besitz erledigt sei (§§. 1, 4 I 10; §. 59 f. I 7 Preuß. Landr.) ist dieselbe nicht als konstitutiv, sondern blos als deklarativ aufzufassen. S. v. Brunneck, Ursprung des sog. jus ad rem. S. 103 Anm. 56.

26) Daß die vertragsmäßige Einräumung eines Mieth- oder Pachtrechts relativ dinglich wirke, hat auch — gewissermaßen unbewußt — thatsächliche Anerkennung in der deutschen Praxis dadurch gefunden, daß man arg. L. 25 §. 1 D. 19. 2 den conductor für berechtigt erklärte, gegen die beabsichtigte, aber noch nicht

Es ist eine künstliche, wohl erst durch Einfluß des fremden Rechts zur Herrschaft gelangte Auffassung, daß solche Rechte zunächst als bloße Schuldverhältnisse konstituirt werden, um nachträglich durch dinglichen Traditionsvertrag zu einem ganz neuen Recht umgewandelt zu werden.[27]) — Nach dem Entwurfe freilich ist die Thüre des Immobiliarsachenrechts der Privatdisposition verschlossen und steht namentlich dem Dinglichkeitswillen der Mieths- und Pachtinteressen das „Nichtwollendürfen", das Veto des Gesetzgebers entgegen. Denn zum dinglichen Vertrage gehört nach §. 828 d. E. wesentlich die Eintragungsbewilligung, welche für Miether und Pächter nicht wirksam ertheilt werden kann. (S. oben S. 51, 58). Dadurch werden die Betheiligten gegen ihren Willen auf die obligatio faciendi des römischen Rechts zurückgeworfen.

Das Verhältniß des natürlichen Willensinhalts zu diesem Eingriffe des Gesetzgebers ist folgendes: [28])

---

erfolgte Eigenthumsveräußerung zu protestiren und dieselbe durch gerichtliches, die Veräußerung bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes Inhibitorium zu hindern. — Allerdings liegt (angeblich) hierin „durchaus nicht irgend ein Moment der Dinglichkeit", der Debitor darf nur nicht eigenmächtig die bestehende Obligation auf Naturalerfüllung in eine Entschädigungs-Obligation umwandeln (!). S. Urth. des Ober-Appel.-Ger. zu Rostock, Entsch. 1 S. 54. Friedlieb, Dinglichkeitsstiftung in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß, N. F. 19 S. 430 f., 441. Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 385. Letzterer hält a. a. O. S. 415 Anm. 328 auch nach dem Entw. Verhinderung der Auflassung (§. 808 d. E.) durch ein vom Miether zu erwirkendes Verbot (§. 814 C.-P.-O.) für zulässig. — Den historischen Zusammenhang des Inhibitorii mit dem jus ad rem weist nach v. Brünneck, Ursprung des sog. jus ad rem S. 90 f.

[27]) Möglich wird eine derartige Auffassung erst dann, wenn die Verkehrsformen ein Auseinanderfallen von Titel und Modus beim Erwerb der Sachenrechte mit sich bringen. So lange der rechtsbegründende Vertrag zugleich unmittelbar Sachherrschaft verleiht, wie bei der altrömischen mancipatio, bei der altdeutschen investitura, ist die Vorstellung einer Rechtsumwandlung von selbst ausgeschlossen. — Damit hängt zusammen der Streit über die „Entäußerungsnatur der Verkaufserklärung". S. Windscheid, Pand. Bd. 2 §. 389 Anm. 2, vergl. mit Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 94 Anm. 6.

[28]) Vergl. hierzu Stobbe, Lehrb. Bd 1. §. 66 S. 554, Bd. 3 §. 175 Anm. 11, 12 und die daselbst angeführte Literatur. Auf ein Streben, vom blos obligatorischen zum obligatorisch-dinglichen Vertrage überzugehen, dürfte auch die longobardische Sitte hindeuten, durch Uebergabe der Veräußerungsurkunde (carta) die missio in vacuam possessionem zu ersetzen. S. Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen

Thatsächlich liegt beim Erwerbe eines Mieths- oder Pachtrechts der animus sibi habendi ebensogut vor, wie in den Fällen des Nießbrauchers, Superficiars, Faustpfandgläubigers. Die Erfüllung des Vertrages soll das bezweckte Besitzverhältniß herbeiführen und sicherstellen.

Wird nun im Vertrage bezeugt, daß der locator soviel an ihm liegt, bereits erfüllt habe, — was durch Bekenntniß bereits erfolgter Uebergabe, durch Autorisation zur einseitigen Besitznahme oder Erklärung den Besitz einzuräumen geschieht, — so ist damit das die Dinglichkeit ausmachende Herrschaftverhältniß dem Verleiher gegenüber unmittelbar hergestellt; der obligatorische Vertrag zugleich dinglich wirksam geworden.

Solcher besonderen Erklärungen bedarf es aber eben nur da, wo die Auffassung des Vertrages als an sich eine bloße obligatio begründend, die herrschende und deshalb nächstliegende ist. Wo dagegen, wie nach der nationalen Volksauffassung im Gebiete unseres Immobiliarsachenrechts, die Verleihung von Besitz- und Nutzungsrechten ohne Weiteres als Einräumung des jus possidendi (traditio juris) aufgefaßt wird, da braucht die Annahme einer blos obligatorischen Wirkung nicht erst noch durch besondere Erklärungen abgelehnt, es müßte vielmehr die Nichteinräumung des jus possidendi als Ausnahmefall besonders manifestirt werden.

Die hier in Betracht kommende Theorie des relativ dinglichen Rechts (s. g. jus ad rem), wie sie schon durch die italienischen Kommentatoren des 14. Jahrhunderts ausgebildet wurde und in gewissem Umfange auch in neueren Gesetzgebungen Aufnahme gefunden hat,[29]) ist, soweit sie hier interessirt, folgende.

---

und germanischen Urkunde S. 112 ff.; Beispiele bei Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte Heft 1 Nr. 1 bis 5, Heft 2 Nr. 10, 13 bis 15; Fischer a. a. O. S. 381 f. Auch oben §. IV Anm. 5.

[29]) S. namentlich Ziebarth, Realexekution S. 197 ff., 205 ff.; v. Brünneck Ursprung des sog. jus ad rem. S. 29 f., 53 f., 82 ff.; Stobbe, Lehrb. Bd. 1 66 Nr. 4, Bd. 3 §. 175 Anm. 11, 12. Die Relativität der zwar vorhandenen, aber für Dritte noch nicht erkennbar gewordenen oder zur Zeit nicht erkennbaren dinglichen Rechte (einschließlich des Eigenthums) zeigt sich namentlich dadurch, daß sie gegenüber redlichem Erwerb eines kollidirenden dinglichen Rechts nicht geltend gemacht werden können, bezw. sich auf Entschädigungsansprüche gegen den Autor reduziren. Allg. Preuß. Landrecht I 2 §. 137 ff., 10 §§. 18 ff., 24, 25; 19 §§. 1 ff., 5, 6; auch I 15 §. 45 f.; Sächs. B. G.-B. §. 296; Oesterr. B. G.-B. §. 371 betr.

Das relativ dingliche Recht kann nicht resp. kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn ein Dritter auf Grund onerosen Titels und in Unkenntniß jenes Rechts des Anderen vom Autor oder dessen Rechtsnachfolger dieselbe Sache tradirt resp. ein kollidirendes dingliches Recht eingeräumt erhält.

Zur vollen (absoluten) Wirksamkeit gelangt das relativ dingliche Recht entweder durch die Besitzergreifung (traditio possessionis) oder durch die dem Besteller gegenüber zu erzwingende Realexekution. Beides sind die Mittel, die dem unbetheiligten und unwissenden Dritten gegenüber erforderliche Erkennbarkeit herbeizuführen.

Das „Recht zur Sache" ist nun zwar als eine „durchaus entbehrliche und unergiebige Erfindung" des 18. Jahrhunderts bezeichnet worden.[30]) Allein dieser Vorwurf trifft keineswegs den Kernpunkt: die Wirksamkeit des auf Einräumung unmittelbarer Herrschaftsrechte gerichteten Privatwillens. Er ist vielmehr nur gegen die ebenso unrichtige als verkünstelte Auffassung gerichtet, daß „im modernen Vermögensrecht zwischen das relative (persönliche)

Gold und Papiergeld. Code civil a. 2279, 2280 betr. Vindikation verlorener und gestohlener Sachen, — und ebenda a. 1138 betr. Eigenthumserwerb durch dinglichen Vertrag. Ist der Erwerbsakt ein besonders geschützter, so kommt es nicht einmal auf das Recht des Bestellers an, wie z. B. bei Käufen vom Fiskus, in öffentl. Auktion oder im kaufmännischen Verkehr. Preuß. Landrecht I 11 §§. 42 ff., 47 f.; D. H.-Ges.-B. a. 306, 307; Oesterr. B. G.-B. §§. 367 f.

[30]) S. Förster Preuß Privatrecht (4. Aufl.) Bd. 3 S. 4 ff. Hier wird nach Aufstellung des Satzes, daß die Absolutheit das Wesen der Dinglichkeit ausmache, gegen die Eintheilung der persönlichen Rechte in solche im engeren Sinne und Rechte zur Sache polemisirt. In der That handelt es sich aber um die in der Natur der Sache begründete Entwickelung und Wandelbarkeit dinglicher Rechtswirkung. Nur ist nicht zu übersehen, daß durch denselben Bestellungsakt, welcher das relativ dingliche Recht, z. B. ein Pacht- oder Nießbrauchsrecht, ins Leben ruft, in der Regel zugleich persönliche Verpflichtungen übernommen werden. — Ferner ist nicht zu leugnen, daß der Angriff Försters einigermaßen berechtigt ist, soweit er sich richtet gegen die Ausdrucksweise des Preuß. Landrechts, nach welcher das „Recht zur Sache" ein persönliches und ein bloßer Titel ist. §§. 131 ff., 134 Th. I Tit. 2 §. 5 Tit. 19 a. a. O. In Wirklichkeit ist die „hinzukommende Erwerbsart" nicht Konstituirung eines neuen Rechts, sondern nur das Moment, durch welches sich das vorhandene dingliche Recht zur vollen Wirksamkeit entwickelt. — Auf den Zusammenhang der Grundzüge des germanischen Sachenrechts (Gewere, rechte Gewere, Investitur, Hand muß Hand wahren u. dgl.) mit der Entwickelung der Theorie des jus ad rem kann hier nicht eingegangen werden.

und das absolute (dingliche) Recht ein Mittelglied, das relativ dingliche Recht eingeschoben werde. — Um eine solche Einschiebung handelt es sich, wie dargelegt, keineswegs.

Von besonderem Interesse ist in dieser Beziehung die Geschichte der preußischen Grundbuchgesetzgebung. Namentlich durch die Motive und die Berathung zu §. 12 des Grunderwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 wurden folgende wichtige Gesichtspunkte klargestellt, sodaß sie zu allseitiger Anerkennung gelangten.

Zunächst wurde es als unausführbar anerkannt aus Gründen der Erfahrung und Zweckmäßigkeit, die Eintragungstheorie in ihrer Strenge und Ausschließlichkeit anzuwenden auf den Erwerb der in die zweite Rubrik des Grundbuchs gehörigen dinglichen Rechte.[31]) Sodann überzeugte man sich, daß die Begründung der dinglichen Rechte scharf zu unterscheiden sei von dem Moment ihrer Wirksamkeit gegen Dritte.[32]) Endlich war man allseitig dahin einverstanden, daß den Bedürfnissen des Realkredits vollkommen genügt werde durch die Auffassung der Eintragung als Begründungsakt[33]) bei Hypotheken und Grundschulden, wogegen die übrigen dinglichen Rechte an fremden Immobilien beliebig — durch Rechtsgeschäft, Ehe, väterliche Gewalt oder sonst — begründet werden, Wirksamkeit gegen Dritte aber erst durch eine besondere Bethätigung erlangen; als welche bei Grundgerech-

---

[31]) S. Bahlmann, Grundbuchrecht S. 52, Dernburg, Preuß. Pr.-Recht Bd. 1 §. 275, Dernburg und Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht I S. 413 ff.

[32]) Gegenüber dem Einwande, daß die Dinglichkeit des Rechts gerade in dessen Wirksamkeit gegen Dritte bestehe, bemerkt Dernburg a. a. O. Bd. 1 §. 275 Anm. 4 mit Recht, daß jene Wirksamkeit zwar regelmäßig vorzufinden sei, das entscheidende Moment aber nicht in ihr liege, sondern in der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft. Diese trete namentlich auch hervor in der Möglichkeit einer dinglichen Klage, sowie eines Possessoriums gegenüber dem Besteller und dessen Erben.

[33]) Nach dem Entwurfe §. 826 begründet die Eintragung in allen Fällen ohne Unterschied eine Vermuthung dafür, daß das eingetragene Recht besteht resp. im Falle der Löschung, daß es nicht besteht. Die Eintragung gilt also nicht als Begründungsakt, sondern als Beweismittel. Baehr in der kritischen Vierteljahrschr. 30 S. 502 und Gierke in Schmollers Jahrb. 13 S. 290 Anm. 1 halten den Ausdruck „Vermuthung“ für verfehlt, da es sich vielmehr handle um eine „in gewissem Umfange unabhängig von der wahren Berechtigung wirksame Legitimation zur Ausübung von Rechten.“

tigkeiten[34]), Pacht und Miethe Besitzerlangung genügend befunden, dagegen bei Personalservituten und Reallasten Eintragung gefordert wurde.

Begrifflich ist die Dinglichkeit, d. h. ein unmittelbares Herrschaftsverhältniß zur Sache — wenngleich unentwickelt — schon mit der vertragsmäßigen Einräumung vorhanden. Dritten gegenüber aber entwickelt sich das Herrschaftsverhältniß erst dadurch, daß es ihnen erkennbar gegenübertritt.

Diese die Wirkung gegen Dritte bedingende Deklaration der Dinglichkeit erfolgt je nach dem Inhalte des Rechts entweder von selbst durch die Bethätigung im Besitz oder durch die künstliche Verlautbarung vermittelst der Eintragung; sodaß diese beiden Mittel die volle Dinglichkeit — Wirkung gegen Dritte — herbeizuführen, sich naturgemäß ergänzen und zwar derartig:

daß die ihrer Natur nach dinglichen, d. h. unmittelbare Sachherrschaft bedingenden Rechte, ihre Vollwirkung, d. h. Wirksamkeit gegen Dritte, zwar durch künstliche Verlautbarung (Eintragung) allemal erlangen;

daß es dagegen zur Erlangung dieser Wirksamkeit der Eintragung nicht bedarf bei denjenigen dinglichen Rechten, welche sich als Gebrauchs- und Nutzungsrechte naturgemäß in einer Besitzposition verkörpern; daß bei diesen letzteren vielmehr Besitzerlangung genügt, Eintragung nur den Realgläubigern gegenüber erforderlich ist.[35])

---

[34]) Ueber den Eintragungszwang bei den Grundgerechtigkeiten s. d. Mot. III S. 164 ff. Gegen denselben Dernburg als Referent in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 105 ff., 127 f., 305 f. (mit Zustimmung der Abtheilung); ferner Baehr in den Kritischen Vierteljahrsschr. 30 S. 504 und Gierke in Schmollers Jahrb. 12 S. 293 f.

[35]) Für den Fall der Subhastation und des Konkurses können nach Drechsler, Verh. des 19. Juristentages Bd. 3 S. 68 Pächter ganzer Güter und Miether ganzer Häuser sich dadurch sichern, daß sie im Voraus für sich Entschädigungssummen von verschiedener Höhe in Rubr. III eintragen lassen, je nachdem sie während der Kontraktszeit früher oder später werden abziehen müssen. Dies kann sehr zweckmäßig und mag in einzelnen Gegenden üblich sein. Diese fixirte Hypothek ist einerseits der oben S. 56 und 66 erwähnten Kautionshypothek vorzuziehen, andererseits aber als Konventionalstrafe, wo nicht üblich, schwer durchzusetzen. — Es dürfte sich empfehlen, Eintragung ausnahmsweise zu fordern behufs

Dem entspricht, wenn auch nicht durchweg, das Grundbuchsystem, zu welchem, wie die Motive III S. 10 bemerken, man in Preußen in neuerer Zeit übergegangen ist.[36])

Es unterscheidet sich recht erheblich von dem Entwurf, welcher das Eintragungsprinzip „im Wesentlichen vollständig" durchführt, also dasjenige sanktionirt, was in Preußen als unausführbar verworfen wurde, — ohne die entgegenstehenden Bedenken auch nur einigermaßen eingehend zu würdigen.

Eine eingehende Würdigung wäre aber umsomehr am Platze gewesen, als — wie die Motive III S. 20 hervorheben — „das Eintragungsprinzip in den meisten Gesetzen nicht für alle neben der Hypothek und der Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwerthet wird." —

Aus den angedeuteten Gründen erscheint eine Umgestaltung des Entwurfs hinsichtlich der Besitzlehre und des Grundbuchsystems im Sinne der obigen Bemerkungen als unumgänglich.

Als Folgen dieser Umgestaltung werden sich von selbst ergeben: die Anerkennung des Mieths- und Pachtbesitzes, sowie die Anerkennung

---

Ausschlusses der Kündigung im Subhastationsfalle dergestalt, daß Ersteher die Verträge übernehmen muß, falls sie nach dem Datum der Eintragung dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehen. Steht dagegen die Eintragung dem Rechte des betreibenden Gläubigers nach, so würde nur an der durch sie bestimmten Stelle Geldersatz zu liquidiren sein. Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 444 f.

36) Nach den Motiven der Regierungsvorlage zum Entwurf des Grundeigenth.-Erwerbsgesetzes von 1871/72 S. 25 wurde von dem allgemeinen Gedanken ausgegangen, daß das dinglich gewordene Recht das unbedingte Uebergewicht über das blos persönliche verdiene, ferner daß der Erwerb in Kenntniß eines älteren auf die Sache bezüglichen persönlichen Anspruchs eine Schlechtgläubigkeit noch nicht enthalte. Dem entsprechen die §§. 4, 15 des Grundeigenth-Erwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872. — Man war sich also nicht klar über die rechtliche Natur der Kollisionsfälle; denn in ihnen handelt es sich keineswegs um die Richtung eines persönlichen Anspruchs gegen einen malae fidei possessor resp. um eine a. doli, sondern darum, daß der Wissende die Nichterkennbarkeit des früher entstandenen relativ dinglichen Rechts nicht vorschützen kann. — S. oben Anm. 29. — Ferner ist in §§. 4 und 15 citt. nur die Kenntniß von einem älteren Anspruch auf Eintragung für unschädlich erklärt. Dagegen ist die Frage offen geblieben, ob für die nicht entschiedenen Fälle das s. g. Recht zur Sache fortbestehe, ob also namentlich dem eingetragenen Erwerber entgegenstehe die Kenntniß von der bereits erfolgten Bestellung einer Grundgerechtigkeit, eines Mieths- oder Pachtsrechts, welche ja der Eintragung überhaupt nicht bedürfen. Für die Bejahung s.

des Mieth- und Pachtrechts als von Natur dingliche, in das Sachenrecht gehörige Rechte, deren Wirksamkeit gegen Dritte von der Besitzeinräumung abhängig ist.[37])

Schließlich ergiebt sich die Beantwortung der im Eingange S. 2 aufgeworfenen Fragen dahin,

1. daß in der vorliegenden Materie die Bestimmungen des Preußischen Landrechts vor denen der anderen deutschen Landesrechte den Vorzug verdienen;
2. eine Versöhnung der vorhandenen Gegensätze nicht thunlich ist, es aber andererseits keinem Bedenken unterliegt, den der national-deutschen Rechtsentwickelung und zugleich der Natur der Sache am meisten entsprechenden Vorschriften des Preußischen Landrechts den gebührenden Vorzug einzuräumen vor den unvollkommneren Normen des französischen und des gemeinen Rechts; endlich
3. Dinglichkeit und Besitz bei Miethe und Pacht keineswegs als positive Ausnahmebestimmungen in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen sind, sondern vielmehr als Folgesätze der allgemeinen, im Vorstehenden angedeuteten Grundprinzipien.

Turnau, Grundbuch-Ordg. Bd. 1 S. 26, 45 f., Achilles, Grundeigenthum und Hypothekenrecht (3. Ausgabe) S. 140, Dernburg und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht I S. 4, 21, Foerster-Eccius, Preuß. Privatr. Bd. 3 §. 156 Anm. 25.

[37]) Dabei bedarf es freilich näherer Bestimmung, wer als „Dritter" anzusehen, ob jeder Erwerber mit Ausnahme dessen, der das relativ dingliche Recht selbst konstituirt oder den Konstituenten beerbt hat? oder auch mit Ausnahme derer, die entweder von der Bestellung Kenntniß hatten oder gar dem Veräußerer gegenüber das relativ dingliche Recht vertragsmäßig übernahmen. Vgl. Dernburg und Hinrichs a. a. O. S. 420 Anm. 11, Achilles a. a. O. S. 135 f.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Formulare
für
Rechtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Aus den Gesetzen, der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erläutert
von
Dr. Benno Hilse.
Sechste umgearbeitete Auflage.
Herausgegeben von
Hermann Krecke,
Landrichter.
Eleg. geb. M. 8.

Formulare
für
Rechtshandlungen der streitigen Gerichtsbarkeit.

Aus den Gesetzen, der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erläutert
von
Dr. Benno Hilse.
Dritte umgearbeitete Auflage.
Herausgegeben von
Hermann Krecke,
Landrichter.
Eleg. geb. M. 10.

Das
Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten
in seiner jetzigen Gestalt.

Ausgabe mit Anmerkungen
von
Paul Landé.
Zweite verbesserte Auflage.
Geb. M. 10.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Archiv
für
Bürgerliches Recht.

Herausgegeben
von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

B. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Erster Band.

Preis M. 8, bei portofreier Zusendung M. 8,30.

Juristisches Litteraturblatt.

Herausgegeben
von
Carl Heymanns Verlag.

I. Jahrgang.

Erscheint 10 mal jährlich.

Preis M. 3, bei portofreier Zusendung M. 3,30.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Jacobi, Leonhard,

Miethe und Pacht Ihre Stellung in d. Kulturgeschichte, im Privatrecht u. im Systeme d. Entwurfes d. bürgerl. Gesetzbuches für d. Dt. Reich

Berlin 1889

J.rom.m. 268 f
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637607-0